

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les conventions relatives à la réparation du dommage. Traité théorique et pratique

Montero, Etienne

Published in:
Responsabilités Livre 62

Publication date:
1999

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1999, Les conventions relatives à la réparation du dommage. Traité théorique et pratique. Dans *Responsabilités Livre 62*. Kluwer, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Objet et structure de l'exposé

1. Les conventions relatives à la réparation du dommage peuvent être classées selon différents critères. Suivant un enseignement traditionnel, on peut ranger pareilles conventions en trois catégories¹.

La première regroupe les clauses qui ont pour objet de limiter ou de supprimer le droit à la réparation, ou encore d'en aménager la mise en œuvre. En pratique, elles se présentent de manière très diversifiée, dans leurs formes, leur portée et leurs effets.

Depuis plusieurs décennies, les solutions dégagées par la jurisprudence en cette matière sont constantes. Certaines d'entre elles ont été confirmées, infléchies ou renforcées par des interventions du législateur, mais ces aménagements n'ont pas entraîné de bouleversement significatif. Par ailleurs, la doctrine s'est souvent penchée sur le sujet, y consacrant plusieurs exposés fort complets et approfondis (voir la bibliographie reprise à la fin du livre). Pour ne pas nous borner à proposer une synthèse supplémentaire – et conformément à l'objectif général du présent traité –, nous avons pris le parti de mettre surtout l'accent sur les aspects pratiques de la question. A cet effet, le propos sera largement illustré par le commentaire de clauses tirées de la pratique contractuelle et de décisions jurisprudentielles.

La deuxième catégorie des clauses visant à aménager le droit à la réparation est constituée des 'clauses pénales'. Le législateur est intervenu récemment dans ce domaine, en adoptant la loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires. Nous présenterons bien entendu la teneur de cette importante réforme. Théoriquement, les clauses pénales n'ont pas pour objet de restreindre ou d'écarter la responsabilité, mais de déterminer, au préalable et forfaitairement, le montant de l'indemnisation due. En principe, leur fonction est seulement de supprimer la difficulté de l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts. Ces éléments de définition justifient que les clauses pénales fassent l'objet d'un exposé distinct, même si, en pratique, comme on le verra, il n'est pas exclu qu'elles puissent s'analyser comme de véritables clauses restrictives de responsabilité.

Enfin, au titre des conventions relatives à la réparation, on mentionne les clauses dites 'de garantie', qui ont pour objet de transférer vers un tiers la charge de la réparation. En d'autres termes, les règles du droit commun de la responsabilité restent inchangées, à ceci près que l'obligation de réparation ne pèse pas sur le responsable, mais sur un tiers qui accepte de se porter 'garant'. Cette hypothèse particulière sera étudiée plus succinctement.

1. P. VAN OMMEFLAGHE, 'Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité en droit belge', dans J. GHESTIN (éd.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 231, n° 1.

Chapitre 1. Les conventions ayant pour objet de limiter ou d'exclure le droit à la réparation

SECTION 1. DÉLIMITATION DE LA QUESTION

SOUS-SECTION 1. DIFFICULTÉS D'IDENTIFICATION ET DE CLASSIFICATION

§ 1. Généralités

2. Lorsqu'est abordée, en doctrine, la délicate matière des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, il est traditionnel de souligner leur variété et leur caractère polymorphe¹. L'imagination des praticiens qui les élaborent est sans borne, ce qui n'est pas de nature à faciliter l'appréhension de ce genre de clauses au plan conceptuel.

L'objet propre d'une clause restrictive de responsabilité est de supprimer la charge des dommages et intérêts normalement dus par une partie à l'autre partie, soit en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle existant entre elles, soit en cas de violation par l'une au dépens de l'autre d'une norme de conduite, sanctionnée par la responsabilité aquilienne.

On enseigne généralement que ces clauses sont soumises aux mêmes règles de droit, en dépit de leur diversité de formulation, qu'elles tendent à limiter seulement la responsabilité de leur bénéficiaire ou à l'écarter totalement². Ce point de vue doit être nuancé: des distinctions s'imposent, à notre avis, au regard de certaines solutions établies par la jurisprudence. On aura l'occasion d'étayer cette opinion, ça et là, au cours de développements ultérieurs (*infra*, not. n° 11 et n° 16). Par ailleurs, il est permis de se demander si les clauses d'exonération totale de responsabilité, formulées en des termes très généraux, peuvent être parfois licites³.

Le régime des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité n'est pas différent selon qu'elles sont censées agir sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité extra-contractuelle.

Il n'y a pas davantage de différence de traitement entre, d'une part, les clauses par lesquelles un sujet, tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité, en exclut ou en limite les conséquences pécuniaires et, d'autre part, les conventions qui ont pour but de modifier les conditions de naissance d'une telle responsabilité.

Les clauses restrictives de responsabilité peuvent être classées selon divers critères. Nous avons tenté de les regrouper, de la manière la moins arbitraire possible, en deux catégories: d'une part, celles portant sur les conditions d'existence de la responsabilité, d'autre part, celles relatives aux conséquences de la responsabilité.

1. Voir, p. ex., D. MAZEAUD, 'Les clauses limitatives de réparation', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 155-180, spéc. n° 2.

2. Voir P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, p. 233, n° 3.

3. Cf. Anvers, 15 déc. 1994, *Dr. europ. transp.*, 1995, p. 358, qui semble suggérer, *a contrario*, une réponse négative: 'Etant donné qu'une telle clause n'exonère pas [le concessionnaire] de son entière responsabilité, elle n'est pas contraire à l'ordre public et n'est par conséquent pas frappée de nullité'.

§ 2. Les clauses portant sur les conditions d'existence de la responsabilité

3. Malgré les engagements généraux souscrits, un débiteur peut, par ailleurs, limiter ou écarter sa responsabilité, soit indirectement par des clauses relatives aux obligations, soit directement par des clauses relatives à la responsabilité elle-même.

Certaines clauses ont pour objet de préciser, souvent à la baisse, le contenu des obligations. Bien qu'elles se distinguent, en principe, des conventions restrictives de responsabilité, force est d'admettre que la ligne de partage entre les unes et les autres n'est pas étanche. On revient sur cette question ci-après (sous-section 2).

D'autres clauses tendent à écarter certaines causes de responsabilité. On songe, par exemple, aux conventions limitant la responsabilité à des fautes estimées graves et exonérant une partie ou les deux pour toutes les autres fautes (ainsi, prise en compte des seules fautes intentionnelles ou lourdes ou récurrentes, et exclusion des fautes légères). On mentionne encore la clause dite 'de parfaite information', souvent libellée comme suit :

'Le client reconnaît avoir été parfaitement informé et conseillé par le fournisseur. En conséquence, il l'exonère de toute responsabilité pour tout fait quelconque de la négociation'.

Cette clause vise à exonérer le fournisseur de toutes les fautes qu'il aurait éventuellement commises durant la phase précontractuelle, en particulier celles résultant de la transgression de son devoir de renseignement et de conseil.

Certaines clauses visent à écarter la responsabilité lorsque des obligations contractuelles n'ont pas été exécutées ou l'ont été avec retard. Elles peuvent se présenter clairement comme des stipulations de non-responsabilité, dont le but est l'exonération de toute responsabilité en cas de faute. D'autres fois, leur incidence sur l'étendue de la responsabilité est moins apparente. Tel est le cas des clauses concernant l'extension de la notion de force majeure. Il arrive fréquemment que le débiteur se décharge de ses obligations dans des circonstances considérées comme des cas de force majeure, alors qu'elles ne remplissent pas les conditions traditionnelles de la notion, telles que fixées par la jurisprudence et la doctrine. La clause suivante en est un exemple extrême :

'Le fournisseur ne pourra être tenu pour responsable d'une violation de ses obligations dans la mesure où celle-ci serait due à des conflits industriels, des interdictions d'accès, des pannes d'électricité, des actions gouvernementales, une guerre, un conflit, des émeutes, des troubles civils, des causes naturelles ou par toute autre cause imprévisible existant à la date de signature des présentes ou survenant ultérieurement'.

On admettra que le flou et l'imprécision des termes utilisés sont tels que les possibilités de mise en cause de la responsabilité s'en trouvent réduites à une peau de chagrin. Il va de soi que, formulée autrement, une clause de force majeure peut éventuellement s'interpréter comme un simple rappel du droit commun, pourvu que n'y soient pas inclus des événements ne répondant pas aux conditions de la notion de force majeure.

§ 3. Les clauses destinées à aménager les conséquences de la responsabilité

4. Les clauses destinées à aménager les conséquences d'une responsabilité éventuelle sont relatives à la procédure de mise en œuvre de la responsabilité ou à la limitation de la réparation.

Parmi celles du premier type, on songe aux clauses qui fixent des délais de recours, de réclamation ou d'assignation en justice ou d'autres modalités, prévus à peine de forclusion, dans des conditions plus restrictives que celles prévues par le droit commun.

Les conventions visant à limiter le type ou le montant de la réparation se présentent sous diverses formes. Parfois, il est stipulé que la réparation se fera uniquement en nature (remplacement de l'objet ou des pièces défectueuses, réparation de ce dernier, etc.). Des conventions précisent que le montant de l'indemnité éventuellement due ne pourra excéder soit un certain pourcentage du dommage subi, soit un certain plafond.

Ainsi, la présente clause réduit l'obligation d'un fournisseur (de système informatique) à une simple obligation de moyens (à ce propos, voir ci-après, n° 5), limite les dommages pris en considération et plafonne le montant de l'indemnisation :

'L'obligation contractée par X dans le cadre de ses prestations, objet du contrat, est une obligation de moyens.

X n'est en aucun cas responsable des dommages indirects tels que, notamment, le manque à gagner, l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de profit, de clientèle ou d'économie escomptés, ni de réclamations formulées par un tiers contre le client.

En tout état de cause, l'indemnisation du client pour le dommage éventuel causé par la faute de X ne pourra dépasser 50 % du montant total des rémunérations prévues à l'annexe B.'

En se référant à la notion de dommage indirect, les contractants entendent vraisemblablement tirer parti de la règle de l'article 1151 du Code civil, dont il résulte que '(...) les dommages et intérêts dus par le débiteur ne doivent comprendre (...) que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention'. Toutefois, chacun sait que la Cour de cassation interprète les termes de l'article 1151 en ajoutant 'c'est-à-dire une suite nécessaire de l'inexécution de la convention'¹. Les clauses du genre de celle analysée peuvent se borner à rappeler le droit commun et/ou prétendre supprimer les incertitudes liées à la mise en œuvre de celui-ci. Tout dépend, bien entendu, de la façon dont elles sont libellées. En l'espèce, il nous apparaît que l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de clientèle, voire la perte de profit, peuvent constituer autant de 'suites nécessaires' de la mauvaise exécution du contrat qui, en l'absence de clause, devraient donner lieu à réparation. En d'autres termes, il se peut que la clause épinglée, sous couvert de reproduire le prescrit légal, vise à limiter fortement la responsabilité du fournisseur.

1. Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1087; Cass., 14 oct. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.

SOUS-SECTION 2. LES CLAUSES RELATIVES AU CONTENU DE
L'OBLIGATION

§ 1. *Position du problème*

5. En théorie, il convient de ne pas confondre les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité et celles qui ne font qu'aménager le contenu des obligations assumées par les parties.

Les clauses visant à restreindre la portée de l'engagement peuvent prendre plusieurs formes. Elles ont pour objet de changer la nature de l'obligation (p. ex., transformer une obligation de résultat en obligation de moyens ou limiter les moyens que le débiteur a le devoir de mettre en œuvre¹) ou d'alléger les obligations (p. ex., faire accepter par avance au créancier l'éventualité de certaines imperfections dans l'exécution des obligations du débiteur: non-respect d'un délai, performance non atteinte, etc.).

Au titre des clauses visant à préciser le contenu des obligations, on peut citer également la clause dite 'des quatre coins', que l'on rencontre, notamment, dans la plupart des contrats de l'informatique. En voici un exemple:

'Le présent contrat contient l'intégralité des conventions passées entre [la société X] et le client. Il annule et remplace tous les autres termes et conditions ou conventions, stipulations, correspondances antérieures formulés verbalement ou par écrit par le client ou par X.'

Pareille clause entend faire table rase du passé et exclure du contenu du contrat tous les documents rédigés durant la phase préparatoire (lettres d'intention, procès-verbaux de réunions, accords intermédiaires, etc.). Elle veut indiquer que l'accord intervenu entre les parties se limite aux engagements explicitement repris dans l'*instrumentum*. Le but de cette clause est d'empêcher que le contrat puisse s'interpréter à la lumière des documents préalables ou que le client infère de ces mêmes documents des obligations n'ayant pas été expressément consacrées par le contrat définitif.

En règle, toutes ces clauses sont valables car, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il faut considérer que les parties sont en droit de déterminer librement le contenu et la portée de leurs engagements². On ne saurait faire grief à un débiteur d'avoir transgressé une obligation qu'il n'entendait précisément pas assumer³. Du point de vue pratique, les clauses portant sur le contenu des obligations du débiteur n'obéissent, en principe, pas au régime juridique des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Ainsi, un jugement du tribunal civil de Bruxelles a admis que le gérant d'un parking pouvait valablement limiter ses obligations à celles d'un bailleur par une mention, au verso du ticket de parking, indiquant qu'il se charge uniquement de louer un emplacement de parking. Il en résulte qu'est également valable la clause de non-responsabilité en cas de vol figurant au même endroit, sa responsabilité ne

1. Il est à noter que l'on a plutôt affaire à une clause limitative de responsabilité si l'engagement du débiteur est normalement considéré, en droit commun, comme une obligation de résultat.

2. R. KRUTHOF, 'Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge', *In memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 167-168, n° 3, et les réf. et exemples cités; P. VAN OMMESLAGHE, 'Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 183, n° 1.

3. Comment *a fortiori* lui reprocher d'avoir commis un dol ou une faute lourde en n'exécutant pas un engagement non souscrit? Cf. B. STARCK., 'Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité', *D.S.*, 1974, chron. XX, p. 158, n° 15.

pouvant être engagée que pour les dommages résultant d'un 'défaut de l'emplacement même', d'une faute personnelle ou d'une faute de son préposé¹.

§ 2. *Solution jurisprudentielle*

6. Tels sont les principes, mais la réalité est plus complexe. La distinction entre les deux types de stipulations évoqués n'est pas nette en pratique. Dans l'opinion de certains auteurs, elle serait purement doctrinale et trop subtile pour être utile². Cette opinion est excessive et ne saurait être acceptée. Il est vrai, néanmoins, qu'entre les clauses limitant les obligations et celles limitant la responsabilité, il n'y a parfois qu'une différence de formulation qui ne saurait faire illusion. Tout dépend, en définitive, du libellé de la clause, des circonstances et de l'intention des parties³. Ainsi, il n'est pas exclu qu'un juge interprète des dispositions définissant le contenu d'obligations comme des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité et, partant, leur applique le sort réservé à ces dernières.

En particulier, il pourra considérer qu'une clause restrictive d'obligation doit être déclarée inefficace dès lors qu'elle contredit une obligation essentielle du contrat⁴. Dans ce cas, en effet, elle aboutirait à ruiner l'économie de la convention, à la vider de sa substance (comp. *infra*, n° 16).

Par exemple, la clause 'des quatre coins' évoquée plus haut ne pourrait permettre au fournisseur de revenir sur certains engagements essentiels. Ainsi, elle pourrait être réputée nulle et non écrite dans la mesure où son but serait de gommer un engagement de conformité fonctionnelle du système informatique, pris lors de la phase des pourparlers, de sorte que le fournisseur resterait uniquement tenu d'une obligation de simple conformité technique.

SECTION 2. L'EFFICACITÉ DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

SOUS-SECTION 1. VALIDITÉ DE PRINCIPE DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

7. La validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité n'est pas contestée en droit belge, même si la jurisprudence a fixé certaines limites à leur admissibilité (voir ci-après, sous-section 2). Ces clauses peuvent concerner non seulement la responsabilité personnelle du débiteur, mais aussi celle du fait d'autrui, notamment les agents d'exécution et préposés. Sauf exceptions (*infra*, notamment n° 10 et n° 20), elles peuvent couvrir aussi bien les dommages causés à la personne ou aux biens du créancier que les dommages purement économiques et financiers.

La validité d'une clause de non-responsabilité n'est pas compromise par le seul fait qu'elle figure dans un contrat d'adhésion⁵. La solution n'est pas différente lorsque le bénéficiaire d'une telle clause jouit d'une position monopolistique⁶.

1. Civ. Bruxelles, 12 déc. 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 371. Voir aussi Bruxelles, 3 oct. 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12049.

2. Voir les réf. citées par R. KRUTHOF, 'Les clauses d'exonération ...', *o.c.*, p. 167, n° 3.

3. P. VAN OMMESELAGHE, 'Les clauses exonératoires ...', *o.c.*, 1990, p. 232, n° 2.

4. P. ex., Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 23 févr. 1994, *Bull. civ.*, 1994, I, n° 76; *J.C.P.*, G, 1994, IV, p. 1124.

5. Liège, 19 oct. 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 702; Liège, 19 janv. 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11939.

6. Anvers, 12 oct. 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 718.

8. Pour justifier la validité des clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité contractuelle, la doctrine et la jurisprudence se fondent sur le caractère supplétif des dispositions légales régissant cette matière et sur le principe de l'autonomie de la volonté¹.

En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, il est admis, en Belgique, que les articles 1382 et 1383 du Code civil ne réglementent que des intérêts privés et n'ont pas pour but exclusif de sauvegarder l'intérêt général². Il en résulte que ces dispositions n'ont pas le caractère de lois d'ordre public et qu'on peut y déroger par convention³. La solution est différente en France: on y déclare nulles les clauses d'exonération de responsabilité en matière aquilienne, les articles 1382 et 1383 étant considérés d'ordre public.

SOUS-SECTION 2. LIMITES À LA VALIDITÉ DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

§ 1. *L'ordre public et les dispositions légales impératives*

A. RÈGLE GÉNÉRALE ET EXEMPLES

9. Les clauses d'exonération ne sont pas valables lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. Dans ce cas, elles sont déclarées nulles.

Ainsi, la convention relative au transport par route, en abrégé C.M.R., détermine, en ses articles 17 et 18, les limites dans lesquelles le transporteur peut se libérer de sa responsabilité. Toute clause dérogatoire est nulle, conformément à l'article 41 de cette convention⁴. Autre exemple: la responsabilité décennale des entrepreneurs et des architectes est considérée par une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence comme étant d'ordre public. Dès lors, les clauses visant à en restreindre la portée sont, en principe, nulles.

Sont également sans valeur les clauses dérogeant, notamment, à certaines dispositions des législations sur les accidents du travail et sur le contrat de travail, à l'article 1954^{ter} du Code civil relatif au dépôt d'hôtellerie, etc.

Des clauses d'exonération de responsabilité qui seraient en contradiction avec des dispositions pénales sont également nulles. Un arrêt de la Cour de Gand du 17 avril 1970 l'a estimé dans une espèce où l'entrepreneur d'une maison préfabriquée, construite en violation des règles sur l'urbanisme, prétendait échapper à sa responsabilité pénale (à se voir imputer diverses infractions à la loi du 29 mars 1962 sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme) en invoquant une clause de non-responsabilité prévue dans ses conditions générales⁵.

Une disposition conventionnelle en matière civile ne peut pas avoir pour effet de faire échapper quelqu'un à sa responsabilité pénale lorsque, comme en l'espèce, la loi prévoit expressément à qui les infractions sont imputables. Mais il arrive que des clauses de non-responsabilité venues entre parties et parfaitement valables permettent de déterminer à qui une infraction pénale est imputable. Cette situation se rencontre fréquemment en matière d'accident de chantier: l'analyse des stipulations conventionnelles sert à déterminer la part de responsabilité, même

1. P. ex., S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, 'Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)', *J.T.*, 1996, p. 732, n° 122 et les réf.; Bruxelles, 5 nov. 1993, *R.D.C.*, 1994, 1077; Civ. Bruxelles, 13 mai 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11231.

2. Cass., 21 févr. 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 125.

3. Pour des confirmations plus récentes du principe: Cass., 15 févr. 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 171; Cass., 12 déc. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 462; *J.T.*, 1987, p. 381; Cass., 29 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 124.

4. P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen ... (1968 à 1973)', *R.C.J.B.*, 1975, p. 527.

5. *R.W.*, 1972-1973, col. 415.

pénale, de l'entrepreneur, d'un sous-traitant, de préposés de l'un et de l'autre, de l'architecte, de l'ingénieur-conseil ou du maître de l'ouvrage¹.

B. LE DOMAINE DES PRODUITS

10. Les clauses de non-responsabilité sont d'office nulles dans le domaine d'application de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (introduisant la directive européenne du 25 juill. 1985). L'article 10, § 1^{er}, de la loi (qui reprend l'art. 12 de la directive) dispose :

'La responsabilité du producteur ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité'.

Par ailleurs, il résulte de l'article 1645 du Code civil que les clauses de non-responsabilité stipulées dans les contrats de vente sont nulles dès l'instant où l'acheteur démontre que son vendeur connaissait les vices de la chose. On sait surtout que la jurisprudence met à charge des fabricants et vendeurs spécialisés une rigoureuse obligation de connaissance des vices. Assimilés d'office au vendeur qui connaissait le vice de la chose, ils sont ainsi tenus de réparer intégralement les conséquences dommageables de celui-ci et ne peuvent invoquer à leur profit une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Une seule nuance tempère la sévérité de ce régime : si le fabricant ou le vendeur spécialiste réussit à prouver que le vice était impossible à déceler ou que son ignorance était invincible, il échappe à l'aggravation de sa responsabilité² et se trouve autorisé à se prévaloir d'une clause éventuelle limitant sa responsabilité^{3,4}.

A notre avis, s'il est raisonnable que le fabricant ou le vendeur spécialisé soit tenu de connaître les vices sans être admis à invoquer son ignorance (simple), il est plus discutable de l'assimiler d'office à un vendeur ayant réellement connu les vices – donc de mauvaise foi – aux fins de l'empêcher de se prévaloir d'une limitation de responsabilité. L'expédient de la 'présomption de mauvaise foi' en guise d'explication du système ayant été abandonné, les clauses restrictives de responsabilité devraient être combattues désormais sur les seules bases du droit commun de ce genre de clauses et de la réglementation des clauses abusives⁵.

§ 2. *Le dol*

A. LA SOLUTION ET SON FONDEMENT

11. Il est unanimement admis qu'une clause exonératoire de responsabilité doit être déclarée inapplicable en cas de dol⁶.

1. P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen ... (1968 à 1973)', *o.c.*, p. 527.

2. Mais il reste tenu de la garantie légale dont il n'est pas possible de se soustraire moyennant l'administration de la preuve d'une cause évasive de responsabilité.

3. Sauf dans les rapports entre vendeurs professionnels et consommateurs. Cf. l'art. 32-12 L. du 14 juill. 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

4. Pour un développement plus fouillé, voir, p. ex., E. MONTERO et X. THUNIS, *La vente, Guide juridique de l'entreprise* (2^e éd.), Livre 32, Bruxelles, Kluwer, 1995, pp. 36 et s., et les nombreuses références.

5. A juste titre, on a fait remarquer que la Cour de cassation n'a jamais fait allusion à une telle présomption et qu'elle a toujours écarté les limitations de responsabilité sur la base d'une *mauvaise foi constatée*. Voir H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, C.I.D.C., Bruxelles, 1978, n° 163; P.-A. FORIERS, 'La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique. Observations et réflexions', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 247 et s.

6. P. ex., Comm. Bruxelles, 2 mars 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 819. Il est question ici du dol commis dans l'exécution du contrat, à distinguer du dol dans la formation. Cf. Liège, 30 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 129, qui confond ces deux notions. Voir aussi Gand, 20 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451, note P. VAN DER WIELEN, 'Le distributeur d'électricité ne peut s'exonérer de son dol ou de sa faute intentionnelle'.

Le fondement de la solution est discuté. Certains auteurs évoquent l'article 6 du Code civil, d'autres le principe de l'interdiction des conditions purement potestatives (art. 1174 C. civ.). Une autre justification est trouvée dans l'article 1150 du Code civil, dont il résulte que 'le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée'. Selon une opinion encore différente, l'interdiction de s'exonérer du dol serait justifiée par l'adage *fraus omnia corrumpit*¹, la fraude se caractérisant par la volonté de son auteur de se soustraire, même sans intention de nuire, mais par un moyen approprié, à l'application d'une règle obligatoire². M. COIPEL propose, pour sa part, une explication nouvelle, qui fait appel à la notion d'abus de droit: dans le cadre de l'appréciation *in concreto* des circonstances d'espèce, le juge peut estimer que le débiteur abuse de son droit en invoquant une clause restrictive de responsabilité pour couvrir son dol³.

Il convient de remarquer que le type de justification retenue n'est pas sans incidence sur le régime de la solution. En effet, si l'on se réfère à l'interdiction des obligations purement potestatives, on comprend qu'une clause d'exonération soit déclarée inefficace en cas de dol, mais on n'aperçoit pas pourquoi toute clause simplement limitative de responsabilité subirait le même sort. En revanche, si l'on retient l'explication tirée de l'abus de droit ou fondée sur l'adage *fraus omnia corrumpit*, on conçoit parfaitement que les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité subissent un traitement identique: en effet, le dol s'oppose, de façon analogue, à la mise en œuvre de toutes les formes de clauses restrictives de responsabilité⁴.

B. UNE NOTION CONTROVERSÉE

12. La notion même de dol est également controversée⁵.

Pour certains auteurs, la notion est étroite: il s'agit de la faute commise dans le but de nuire, de porter préjudice à autrui. Il se caractérise par l'intention méchante qui anime l'auteur de l'acte⁶.

Après avoir longtemps prévalu, cette conception du dol semble avoir été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 1911, qui écarte expressément la proposition faite par le Procureur général TERLINDEN de définir le dol comme 'un acte malhonnête accompli en pleine connaissance, dans le dessein de nuire'⁷. Pourtant, certaines juridictions se réfèrent encore à cette notion restrictive du dol, 'impliquant l'intention de nuire ou, en matière contractuelle, le manquement volontaire du débiteur à son obligation en vue de se procurer un avantage au détriment du créancier'⁸.

Pour d'autres, le dol est un concept large: il est défini par le seul caractère volontaire de la faute, et non par la volonté de causer un dommage. Ainsi, pour J. DABIN, une faute est dolosive lorsque son auteur a manqué intentionnellement

1. R. KRUTHOF, *o.c.*, p. 183, n° 17.

2. G. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Paris, Dalloz, 1957, pp. 59 et s. Le concept de fraude est fréquemment utilisé dans le Code civil, notamment aux articles 564, 889, 1167 et 1856. Parfois les mêmes effets sont attribués à la fraude et au dol (voir l'art. 1353 C. civ.). Lorsque la fraude cause un dommage, elle engage la responsabilité de son auteur. Lorsqu'elle n'entraîne aucun dommage, sa sanction est l'inopposabilité de l'acte frauduleux.

3. M. COIPEL, *Théorie générale des contrats*, vol. 3, *Guide juridique de l'entreprise* (2^e éd.), Livre 31, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 36.

4. Cf. *ibid.*, p. 37.

5. Pour un exposé très complet des différentes conceptions du dol, J.-L. FAGNART, 'L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant', note sous Cass. (1^{er} ch.), 28 févr. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 254 et s., n°s 44 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, 1990, pp. 236 et s., n° 7.

6. R.O. DALCQ, *Traité*, n° 284; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 590; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVI, n° 214; G. BRIÈRE DE L'ISLE, 'La faute dolosive', *D.*, 1980, chron., pp. 137-138.

7. Cass., 23 nov. 1911, *Pas.*, 1911, I, pp. 556 et s., précédé des Concl. du Proc. gén. TERLINDEN.

8. Mons, 6 déc. 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 249; *J.L.M.B.*, 1996, p. 173.

et sciemment à ses obligations¹. Cette opinion semble suivie par L. CORNELIS qui estime que, tant en matière contractuelle qu'aquillienne, le dol peut être défini comme la violation volontaire d'une obligation dont on est tenu². J.-L. FAGNART se range également à cet avis, considérant par ailleurs qu'un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1980 a tranché en faveur de cette interprétation extensive de la notion de dol³. Cependant, son analyse de l'arrêt n'a pas convaincu. Ainsi, pour P. VAN OMMESLAGHE, l'arrêt du 28 février 1980 ne saurait fonder une solution de droit commun étant donné qu'il concerne les dispositions spéciales relatives à la garantie des vices cachés due par le vendeur professionnel⁴.

Une troisième catégorie d'auteurs adoptent une position que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire. Ils abandonnent toute référence à l'intention de nuire, mais restent attachés à l'idée que l'auteur du dol a voulu les conséquences dommageables de sa faute ou du moins en a eu conscience et a néanmoins persisté dans son comportement. Ainsi, le Procureur général HAYOIT DE TERMICOURT considère que le dol est la faute volontaire causant un dommage avec conscience de celui-ci et volonté persistante de le provoquer⁵. P. VAN OMMESLAGHE, quant à lui, tient pour dolosive la faute résultant d'une violation volontaire d'une obligation, pour autant que le responsable ait eu conscience *ou ait dû avoir conscience* du préjudice qui devait normalement en résulter pour autrui et ait néanmoins persisté dans son comportement fautif⁶. Dans un semblable ordre d'idées, J. VAN RYN a défini le dol comme étant la faute volontaire commise avec l'intention de se procurer un avantage au détriment du créancier⁷.

La Cour de cassation semble avoir pris position en faveur d'une conception plutôt restrictive de la notion de dol, en décidant, dans son arrêt du 27 janvier 1995, que 'la circonstance qu'un transporteur a sciemment et volontairement commis une faute et devait savoir que celle-ci était susceptible de causer un préjudice, n'implique pas qu'il a commis un dol au sens de l'article 29.1 de la Convention C.M.R.'⁸.

On pourrait déduire de cet arrêt que la notion de dol s'entend de la faute commise sciemment et volontairement *et avec la conscience qu'elle est susceptible de causer un préjudice*. Selon la Cour, la seule faute intentionnelle n'est pas nécessairement dolosive. En outre, il ne paraît pas suffisant non plus de constater que l'auteur d'une faute consciente *devait savoir* qu'elle était susceptible de causer un préjudice. La notion de dol requerrait un élément psychologique supplémentaire: le fait établi que l'auteur de la faute volontaire était *effectivement* conscient que celle-ci pouvait être à l'origine d'un dommage.

Toutefois, la prudence s'impose quant à l'interprétation de l'arrêt étant donné que, d'une part, la Cour n'a pas saisi l'opportunité pour définir positivement le dol, et, d'autre part, la solution pourrait être limitée à la Convention C.M.R.⁹

Comme l'ont souligné, à juste titre, plusieurs auteurs, la conception restrictive du dol, apparemment privilégiée par la Cour de cassation, rend incertain le sort des clauses restrictives de responsabilité en présence des fautes volontaires qui ne

1. J. DABIN, 'De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés', *R.C.J.B.*, 1960, p. 18.

2. L. CORNELIS, 'La faute lourde et la faute intentionnelle', *J.T.*, 1981, p. 515, n° 11.

3. J.-L. FAGNART, 'L'obligation de renseignement...', *o.c.*, spéc. p. 259, n° 52.

4. P. VAN OMMESLAGHE, 'Les clauses ...', *o.c.*, 1990, p. 238.

5. 'Dol et faute lourde en matière d'exécution des contrats', *J.T.*, 1957, p. 603.

6. 'Les clauses ...', *o.c.*, 1990, p. 238.

7. J. VAN RYN, *Responsabilité aquillienne et contrats*, n°s 131 et s.

8. Cass. (1^{re} ch.), 27 janv. 1995, *Pas.*, 1995, p. 92; *J.P.A.*, 1995, p. 99. Il s'agit de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, conclue à Genève le 19 mai 1956 et approuvée par la loi du 4 septembre 1962.

9. En ce sens, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, 'Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)', *J.T.*, 1996, p. 733, n° 127.

réunissent pas toutes les conditions du dol¹. A s'en tenir à la jurisprudence de la Cour, établie depuis son arrêt du 25 avril 1958 (voir ci-après, n° 13), on pourrait penser qu'il est permis de s'exonérer des fautes intentionnelles mais non dolosives, ce qui ne paraît pas acceptable.

En France, les choses sont plus claires. L'accent est mis sur le caractère volontaire de la faute. Ainsi, aux yeux de J. CARBONNIER, le dol dans l'exécution du contrat 'est la faute intentionnelle d'un contractant caractérisée non par une intention de nuire, mais par la malhonnêteté du débiteur essayant, de propos délibéré, de se soustraire à ses engagements'². Cette conception large du dol a été consacrée par la Cour de cassation de France:

'Le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant'³.

Jugé, par exemple, que commet un dol le transporteur aérien qui refuse l'embarquement de voyageurs en raison de la 'survente du vol'. Il en résulte que la clause limitative de responsabilité opposée à la demande doit être écartée⁴.

Jugé, en jurisprudence belge, que commet un dol le transporteur qui, ayant reçu pour mission expresse de se rendre avec le camion à un établissement officiel de décontamination, néglige de le faire et prend volontairement le risque d'utiliser un camion contaminé en dissimulant cette omission à l'expéditeur et au destinataire. Dans ces circonstances, le transporteur ne peut invoquer la limitation de la responsabilité prévue à l'article 29 de la Convention C.M.R.⁵

C. ET LA FAUTE LOURDE?

13. On sait qu'à la suite de la célèbre mercuriale du Procureur général HAYOIT DE TERMICOURT⁶, la Cour de cassation rejeta, par deux arrêts décisifs⁷, l'assimilation de la faute lourde au dol, admise jusqu'alors par référence à l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. Ce faisant, ces arrêts consacraient la validité des clauses exonératoires de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation imputable à la faute lourde, alors qu'il est interdit de s'exonérer de son dol⁸.

Depuis, la Cour de cassation de Belgique maintient son refus d'assimiler la faute lourde au dol⁹. Toutefois, l'assimilation reste de mise dans les contrats conclus avec les consommateurs: le 'vendeur' ne peut s'exonérer ni de son dol, ni de sa faute lourde (art. 32, 11° de la loi du 14 juill. 1991).

En réalité, la différence irréductible entre la faute lourde et le dol est que l'élément intentionnel fait défaut dans le cas de la faute lourde, quel que soit son degré de gravité. Au vu de ces principes, on peut s'étonner de certaines décisions¹⁰.

1. Lire, en particulier, les réflexions de J. DABIN, note précitée, pp. 17-22, de J.-L. FAGNART, note précitée, pp. 254 et s. et de L. CORNELIS, dans sa note précitée, p. 515 et dans ses *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 179, n° 96.

2. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, P.U.F., 1963, n° 155. Comp. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, 1962, n° 471.

3. Cass. fr., 4 févr. 1969, *D.*, 1969, p. 601, note MAZEAUD.

4. Cass. fr., 14 mars 1995, *Dr. europ. transp.*, 1996, p. 143.

5. Gand, 22 avr. 1993, *Sicoler*, 1993, 430. Autre exemple: Comm. Bruxelles, 25 mai 1992, *Dr. europ. transp.*, 1993, p. 762.

6. 'Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats', *J.T.*, 1957, p. 601.

7. Cass., 25 avr. 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944; Cass., 25 sept. 1959, *J.T.*, 1960, p. 144.

8. Voir p. ex. Cass., 3 avr. 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 773.

9. Cass. (1^{re} ch.), 27 janv. 1995, *Pas.*, 1995, p. 92; *J.P.A.*, 1995, p. 99; Cass., 7 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 110; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 882; *Pas.*, 1988, I, p. 812; *J.T.*, 1989, p. 76, note; Cass. (3^e ch.), 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125.

10. P. ex., Liège, 10 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1085, note B. HANOTIAU.

Pour qu'une clause restrictive de responsabilité puisse effectivement couvrir la faute lourde, encore faut-il que cet effet ait fait l'objet d'une *mention expresse* dans le contrat *ou* du moins *résulte nécessairement de celui-ci*.

Cette solution a été confirmée, à plusieurs reprises, par la Cour de cassation¹, et est suivie par les juridictions de fond².

Ainsi, dans un arrêt du 15 septembre 1977, la Cour d'appel de Mons a considéré comme une faute lourde dans le chef de la S.N.C.B. le fait de donner en location de vieilles bâches, dont la vétusté avait inévitablement altéré l'imperméabilité. En conséquence, 'à défaut de stipulation expresse exonérant l'appelante de sa faute lourde, il échet dès lors de décider, ainsi que l'a fait le premier juge et nonobstant la généralité des termes de la clause d'exonération, que l'appelante est tenue d'indemniser l'intimée ...'³.

14. De l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence, les termes 'faute lourde' et 'faute grave' sont synonymes⁴. Il est certain aussi que la faute lourde n'est pas une faute volontaire et que son auteur ne veut pas la réalisation du dommage.

La notion de faute lourde est parfois mise en relation avec la *probabilité du dommage*⁵ ou déduite de l'*importance du dommage causé*⁶.

Plus souvent, l'accent est mis sur la *gravité du manquement*: 'La *culpa lata* est une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas d'une personne raisonnable'⁷. 'La faute lourde, c'est l'erreur de celui qui n'a pas compris ou pas prévu ce que tout le monde aurait compris ou prévu'⁸.

Dans le même ordre d'idées, G. VINEY écrit: 'La faute lourde peut être déduite de l'importance de la différence existant entre le comportement incriminé et le comportement d'un individu normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait'⁹.

CORNELIS critique cette conception *subjective* de la faute lourde: 'A l'aide de quel critère pourra-t-on en effet déterminer si la différence constatée est suffisamment importante que pour pouvoir conclure à l'existence d'une faute lourde?'¹⁰. Pour lui, l'appréciation de la gravité de la faute, dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle, se fait en confrontant le comportement litigieux à des règles de comportement qui sont considérées comme essentielles pour le maintien de l'ordre social existant¹¹. Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le comportement incriminé est mis en relation avec des normes de comportement jugées essentielles par les parties au contrat. La faute lourde contractuelle bouleverse l'économie du contrat: il s'agit de la méconnaissance d'une obligation qui touche à l'essence du contrat. Ces propositions de L. CORNELIS ont été suivies par certaines juridictions¹².

Selon le même auteur, dans tous les cas, la détermination des règles essentielles dont la violation constitue une faute lourde se fait indépendamment de la personnalité de son auteur; il s'agit d'une appréciation exclusivement objective.

1. Cass., 25 sept. 1959, *J.T.*, 1960, p. 114, obs. J.-J. ROTHIER; *Bull. ass.*, 1961, p. 722; *Pas.*, 1960, p. 113, avec les concl. de l'Av. gén. MAHAUX; Cass., 22 sept. 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863, note: *R.C.J.B.*, 1981, p. 189 et la note de L. CORNELIS sur 'Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation'.

2. P. ex., Bruxelles, 7 nov. 1979, *R.W.*, 1980-1981, col. 259.

3. Mons, 15 sept. 1977, *J.C.B.*, 1979, p. 218, confirmé par Cass., 22 sept. 1979, précité.

4. Voir not. H. DE PAGE, *Traité*, t. X, n° 921; L. CORNELIS, 'La faute lourde ...', *o.c.*, p. 513.

5. Voir les réf. citées par L. CORNELIS, 'La faute lourde ...', *o.c.*, p. 513, note 15.

6. G. VINEY, 'Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde', *D.*, 1975, chron., p. 270.

7. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 591bis.

8. H. LALOU, *Traité*, n° 418.

9. G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 611.

10. L. CORNELIS, *Principes ...*, *o.c.*, pp. 171-172, n°s 92-93.

11. *Principes ...*, *o.c.*, p. 173, n° 94; *Idem*, 'La faute lourde ...', *o.c.*, p. 514, n° 6.

12. P. ex., Liège, 6 févr. 1996, *J.T.*, 1996, p. 524, note B. DUBUISSON.

Il y aurait donc lieu de rejeter l'idée selon laquelle la faute lourde va de pair avec une plus grande imputabilité au sens où la constatation d'une faute lourde justifierait un réel reproche alors que la faute simple n'aurait pas cette portée.

On se demande néanmoins si ces considérations ne sont pas excessivement théoriques et si le critère suggéré par CORNELIS est de nature à réduire la part de subjectivité inhérente au pouvoir d'appréciation du juge.

D. L'EXONÉRATION DU DOL ET DE LA FAUTE LOURDE DES AGENTS D'EXÉCUTION ET PRÉPOSÉS

15. La jurisprudence admet, de longue date, que le débiteur s'exonère de la faute dolosive et de la faute lourde de ses agents et préposés¹.

Ce principe, fermement établi, peut sembler illogique et, en définitive, choquant. Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de formuler de vives critiques à son endroit². En effet, il est clair que, dans la vie économique, les obligations contractées par les personnes morales sont exécutées, habituellement, par leurs employés ou par des sous-traitants. Ainsi, en pratique, nombre de débiteurs contractuels se trouvent exonérés de toute responsabilité (alors même qu'une faute lourde ou dolosive aurait été commise dans l'exécution des engagements contractuels). Cette situation de quasi-impunité est aggravée, pour ainsi dire, par la jurisprudence persistante de la Cour de cassation, inaugurée par le célèbre arrêt du 7 décembre 1973, sur 'l'immunité des agents d'exécution', dont il résulte que, pratiquement, la responsabilité de ces derniers ne peut être mise en cause ni sur le plan contractuel, ni sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil³.

Le principe commenté ici est cependant approuvé par certains auteurs. De fait, l'appréciation est tributaire de l'explication donnée à l'interdiction de l'exonération du dol personnel. Si cette interdiction est justifiée par référence à la prohibition de l'engagement sous une condition purement potestative ou à l'adage *fraus omnia corrumpit*, il peut sembler effectivement logique de considérer qu'elle ne s'étend pas au dol ou à la faute lourde des préposés et agents d'exécution. En effet, la faute intentionnelle de ces derniers n'implique pas la commission d'un dol dans le chef du débiteur responsable, pas plus qu'elle n'implique un engagement purement potestatif ou une fraude de sa part⁴.

En revanche, la justification par l'abus de droit, proposée par M. COIPEL, a ici encore le mérite de donner lieu à un régime d'ensemble cohérent et, à notre avis, plus satisfaisant: en effet, 'il est tout aussi abusif de la part du débiteur de prétendre bénéficier d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité lorsque le dol émane des agents d'exécution qui sont sous son contrôle que lorsqu'il est imputable à lui-même'⁵.

Il convient de préciser que la solution de droit commun est écartée dans le contexte des contrats conclus avec les consommateurs. En effet, la loi du 14 juillet 1991 dispose, en son article 32, 11^o, qu'est abusive, et donc nulle, la clause qui a pour objet de 'libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires'.

1. Cass., 28 juin 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 211; Cass., 25 sept. 1959, précité.

2. J. DABIN, *o.c.*, p. 26; R. KRUTHOF, *o.c.*, pp. 184-185; E. DIRIX, 'Exoneratiebedingen', *T.P.R.*, 1988, pp. 1181-1185.

3. Cass., 7 déc. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 967. Sur cette jurisprudence, on lira, parmi une bibliographie abondante, R.O. DALCQ et F. GLANDSDORFF, 'Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution', note sous Cass., 15 sept. 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 431 et s.

4. En ce sens, P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, 1990, p. 239.

5. M. COIPEL, *o.c.*, p. 39.

On ne peut manquer d'observer combien cette disposition est, à un triple titre, maladroitement rédigée¹. Tout d'abord, si l'on s'en tient à une lecture littérale des termes, elle ne vise que les clauses d'exonération (totale) de responsabilité et non les clauses limitatives de responsabilité. Ensuite, elle ne semble pas tenir pour abusives les clauses par lesquelles le 'vendeur' s'exonère du dol de ses préposés ou mandataires. Il s'agit vraisemblablement d'une inattention du législateur car il n'est évidemment pas conforme au bon sens qu'un débiteur puisse s'exonérer de la faute dolosive de ses préposés ou mandataires, mais non de la faute lourde commise par ces derniers. Enfin, on doute que les agents d'exécution soient visés par les vocables 'préposés' et 'mandataires'. Le législateur aurait été mieux inspiré en recourant à une expression plus large.

La Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, dont les travaux ont été clôturés en 1995, formule diverses propositions pour remédier aux déficiences de l'article 32, 11^{o2}. On peut regretter que la récente loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 n'en ait tenu aucun compte.

§ 3. La clause ne peut porter atteinte à l'essence du contrat

A. LA SOLUTION ET SON FONDEMENT

16. Dans son arrêt, déjà cité, du 25 septembre 1959, la Cour de cassation a considéré qu'en dehors des cas où la loi en dispose autrement *et de celui où l'obligation contractée en serait anéantie*, les parties à un contrat peuvent valablement convenir d'avance que le débiteur ne répondra pas de la faute, même intentionnelle de ses préposés'. Cet arrêt reconnaît, on l'a vu, la possibilité pour le débiteur de s'exonérer des fautes de ses préposés, sous réserve, il convient de le noter, de l'interdiction d'anéantir l'obligation contractée. Il ne fait pas de doute que cette prohibition concerne également l'exonération des fautes personnelles. En effet, la solution contraire permettrait au débiteur de s'obliger à une prestation déterminée tout en précisant qu'il ne répond pas de l'inexécution de cette obligation. Pareille attitude est acceptable s'agissant d'obligations non essentielles, qu'il aurait pu ne pas assumer. Par contre, on ne conçoit pas qu'il écarte toute responsabilité en cas de méconnaissance d'un engagement essentiel du contrat.

On observera, ici aussi (comp. *supra*, n° 11), que l'interdiction visée ne devrait pas concerner les clauses simplement limitatives de responsabilité (p. ex., une clause de force majeure ou un plafonnement de la responsabilité), dans la mesure où elles ne constituent pas une permission donnée au débiteur de commettre des fautes dans l'exécution du contrat³.

De manière constante, la jurisprudence déclare inefficaces les clauses exonératoires de responsabilité qui ont pour effet de 'détruire l'objet de l'engagement' ou, suivant une terminologie fluctuante, qui portent atteinte 'à une obligation essentielle du contrat', ou sont contraires 'à l'essence même du contrat' ou encore 'vident la convention de sa substance'⁴. Jusqu'il y a peu, la loi du 14 juillet 1991 confirmait le principe dans les relations entre vendeurs professionnels et consommateurs, en tenant pour abusives, et partant nulles, les clauses qui ont pour objet de libérer le vendeur de sa responsabilité 'du fait de toute inexécution d'une

1. Cf. T. BOURGOIGNIE., *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, Publication du ministère des Affaires économiques, 1995, p. 164.

2. *Ibid.*, pp. 164 et 396.

3. Pour un plus ample développement, M. COIPEL, *o.c.*, pp. 42 et 43.

4. Pour de multiples références à la jurisprudence récente, voir S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, 'Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)', *J.T.*, 1996, p. 733, n° 128. Voir également les décisions commentées ci-après.

obligation consistant en une des *prestations principales* du contrat' (art. 32, 11°, *in fine*). Depuis la récente réforme de la réglementation des clauses abusives, ce critère n'est plus, comme tel, de mise (*infra*, n° 20).

En pratique, il n'est pas facile d'évaluer si une clause restrictive de responsabilité ôte toute utilité économique au contrat, vide celui-ci de sa substance. La détermination de ce qui fait partie de l'essence d'une convention est une question d'espèce laissée à l'appréciation du juge du fond. Ce dernier veillera à identifier les obligations *essentielles* du contrat afin de vérifier si la clause d'exonération porte atteinte à l'une d'elles. Si tel est le cas, force sera d'admettre qu'elle contredit l'essence du contrat. En revanche, si seule une obligation 'accessoire', c'est-à-dire non essentielle, est affectée par la clause, cette dernière ne sera pas invalidée.

Ainsi, on peut retenir d'un intéressant arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1987 que la qualification d'une ou de plusieurs obligations en des obligations de résultat ne signifie pas nécessairement qu'elles s'analysent en des obligations essentielles du contrat¹. En l'espèce, la Cour a estimé qu'il n'était pas contradictoire d'affirmer, à propos d'une société d'électricité, d'une part, 'qu'en ce qui concerne la continuité et la régularité du service qu'elle assume, ses obligations sont des obligations de résultat' et, d'autre part, que les obligations de la défenderesse consistent 'essentiellement à fournir le courant aux abonnés'. Il en résulte qu'en donnant effet à la clause d'exonération de responsabilité², après avoir souligné que l'obligation essentielle de la défenderesse consistait à 'fournir le courant à ses abonnés' et avoir ainsi considéré implicitement que ladite clause ne détruisait pas l'objet de l'engagement, le jugement, qui n'est pas entaché de contradiction, ne viole aucune des dispositions légales invoquées par le demandeur.

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Mons tient un raisonnement différent, en donnant raison au demandeur de souligner que reconnaître, d'une part, qu'on s'est obligé à respecter un préavis, mais prétendre, d'autre part, bénéficier d'une exonération totale de responsabilité en cas de violation de cette obligation, procède d'une mauvaise foi flagrante puisque, du fait de cette exonération, l'obligation de respecter un préavis serait dépourvue de tout objet et de toute portée utile³. La cour estime qu'une interprétation et une application de bonne foi du contrat implique de ne pas vider de toute substance l'article 11, qui prévoit la tacite reconduction du contrat pour une période indéterminée 'à moins que l'une des parties n'y mette fin moyennant un préavis de six mois minimum ...'. Cet arrêt paraît contestable dans la mesure où l'obligation affectée par la clause d'exonération ne s'analyse manifestement pas en une obligation essentielle du contrat.

D'autres juridictions font pareillement preuve d'une moindre exigence et n'hésitent pas à annuler une clause au seul motif qu'elle a pour conséquence de 'vider le contrat d'une bonne partie de sa substance'⁴, ou encore 'd'anéantir l'obligation contractée' ou de la vider de 'tout contenu'⁵.

On précise encore qu'en principe, rien n'empêche un débiteur de s'engager à rendre un service plus ou moins étendu, moyennant un ajustement proportionnel de la rémunération, de sorte que certaines obligations deviennent essentielles ou non aux yeux des parties. En d'autres termes, le juge aura égard à l'intention des

1. Cass. (3^e ch.), 23 nov. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347. Dans le même sens, Liège, 19 janv. 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11939.

2. Soit l'article 6 des conditions générales, aux termes duquel la société d'électricité est exonérée de toute responsabilité en cas notamment d'interruption ou d'irrégularité de la fourniture. Selon l'article 2 des conditions générales, ces inconvénients éventuels sont liés à des circonstances fortuites ou exceptionnelles et toujours limités au minimum. Par conséquent, on peut estimer effectivement que la clause d'exonération ne porte pas atteinte à l'essence du contrat puisqu'elle ne pourrait justifier un refus du débiteur d'exécuter ses obligations consistant essentiellement à fournir le courant à ses abonnés.

3. Mons (1^{re} ch.), 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635.

4. P. ex., Comm. Bruxelles, 24 sept. 1986, *R.G.A.R.*, 1988, n° 11387.

5. P. ex., Civ. Bruxelles, 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN; Bruxelles, 9 août 1988, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11554; Bruxelles, 29 mai 1991, *Entr. et dr.*, 1994, p. 232.

parties pour mesurer le caractère essentiel ou non des obligations: le manquement à des obligations essentielles, *dans l'intention des parties*, ne peut être couvert par une clause restrictive de responsabilité sans anéantir l'objet du contrat.

Le mieux est d'illustrer l'ensemble de ces considérations à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence.

B. APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

17. Il est intéressant de rapprocher diverses décisions relatives à la même clause d'exonération insérée dans les conditions générales de la société qui publie les 'pages d'or' des annuaires téléphoniques. La divergence des solutions retenues témoigne de la complexité du problème. La clause litigieuse est libellée comme suit :

'La responsabilité de Promedia ne sera engagée pour d'éventuelles erreurs, fautes d'impression ou de composition, classement sous une ou plusieurs rubriques différentes de celles mentionnées sur le bon de commande et/ou omission d'une partie du texte et/ou des reproductions, illustrations, marques, logos, etc., même ceux qui lui sont fournis par le signataire, que s'il est prouvé que ces erreurs résultent d'un dol dans son chef'.

Un arrêt de la cour d'appel de Mons du 13 février 1985 déclare que le premier juge a eu raison d'estimer que 'cette clause devait dans son intégralité être réputée non écrite, qu'elle peut avoir pour résultat d'anéantir l'essentiel de l'obligation contractée dans la mesure où elle permet à Promedia par la généralité des termes utilisés de déformer de façon illimitée les annonces qui lui sont confiées'¹.

Cette appréciation, dans sa généralité, paraît excessive: on peut lui reprocher d'avoir perdu de vue la réserve du dol, explicitement reproduite dans la clause.

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Liège a prôné la solution contraire à propos de la même clause. Estimant la clause licite, elle fit notamment valoir que 'nonobstant la diligence qu'on est en droit d'attendre d'un professionnel, le travail d'édition et d'impression d'annuaires téléphoniques entraîne presque inévitablement, en raison de son ampleur – l'intimée affirme traiter 300.000 annonces par an – un certain nombre d'imperfections dans sa réalisation'².

Appelée à se prononcer une nouvelle fois sur la même clause, la cour d'appel de Liège a purement et simplement annulé celle-ci pour des motifs tirés des circonstances particulières de l'espèce³. En effet, 'tenu par un devoir de conseil, l'appelante (en l'occurrence, Promedia) se devait de relever et signaler les discordances manifestes entre les différentes annonces (...) On ne saurait admettre qu'un professionnel qui se présente au grand public comme possédant des connaissances particulières ou des qualités techniques spécialisées, attirant ainsi la clientèle, puisse, par le biais d'une clause d'irresponsabilité, tromper la confiance légitime de ses clients et en même temps s'affranchir des conséquences de l'inexécution fautive de ses obligations'.

Dans un arrêt ultérieur, la même cour (même chambre, même composition) a fort bien nuancé son point de vue. Après avoir répété que la clause n'était pas nulle en soi, elle ajoute: 'Si toutefois, du fait du recours à la clause par l'éditeur, le contrat devait perdre son sens pour l'annonceur ou si devait naître un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques, le juge pourrait alors 'neutraliser' la clause. Seule la portée que cet éditeur voudrait lui donner suivant les circonstances pourrait commander qu'elle soit neutralisée parce qu'il y aurait déséquilibre

1. Mons, 13 févr. 1985, *J.T.*, 1986, p. 163. Dans le même sens, Comm. Bruxelles, 12 juill. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1437.

2. Liège, 19 oct. 1993, *R.D.C.*, 1994/8, p. 702.

3. Liège (7^e ch.), 13 avr. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 98.

manifeste entre les prestations réciproques et que le contrat perdrait ainsi manifestement son intérêt pour l'annonceur. Tel n'est pas le cas lorsque la publicité publiée, quoique moins plaisante ou lisible que ce qu'elle eût dû être, conserve un intérêt. La réduction du prix librement consentie par l'éditeur sanctionne suffisamment, dans pareille circonstance, l'erreur¹.

Jugé que la clause d'irresponsabilité, relative aux dégâts éventuels causés à une voiture dans un parking, figurant au recto du ticket délivré au déposant, est valable pour autant qu'elle ne détruit pas l'objet même de la convention, à savoir la restitution de la chose déposée².

Jugé que la clause ainsi rédigée 'La direction rappelle à son aimable clientèle qu'elle décline toute responsabilité pour les dommages causés aux véhicules et à leurs accessoires' ne pouvait être invoquée par le responsable d'un car-wash au motif que 'cette clause détruit l'objet même du contrat liant l'entrepreneur de lavage de voitures à son client et le vide de toute utilité'. En l'espèce, le défendeur fut condamné à indemniser le demandeur dont la voiture avait été endommagée par une des brosses de l'appareil qui, à la suite d'une déficience du mécanisme, était retombée sur le capot avant et l'aile avant droite de ladite voiture³.

Jugé que 'la clause suivant laquelle l'architecte est déchargé de toute responsabilité pour les dommages occasionnés est nulle car elle supprime la raison d'être de l'obligation de l'architecte'⁴.

Jugé que la clause par laquelle un établissement qui se charge du développement d'un film décline toute responsabilité en cas de perte ou de détérioration ne contredit pas l'objet même du contrat⁵.

Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Bruxelles a retenu une solution contraire: 'L'élément déterminant de la prestation que réclame le client lorsqu'il remet son film à développer est le développement, qui se déroule sous le contrôle et la responsabilité exclusive de la société Kodak. Celle-ci est seule responsable en cas de perte, à l'exclusion de son mandataire chargé de recueillir en dépôt temporaire les films destinés au développement, avec lequel le client ne noue aucun lien contractuel. La clause limitant la responsabilité, en cas de perte ou de détérioration, au remplacement d'un film vierge, est nulle car elle ôte à l'objet même du contrat toute utilité'. En l'espèce, la cour a évalué le préjudice moral à 20.000 F par film perdu, auxquels s'ajoute la valeur dudit film⁶.

Jugé, en matière de contrat de l'informatique, que
'la clause des 'conditions générales pour l'utilisation de programmes XXX' qui exonère [un fournisseur en informatique] de toute responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle à raison de dommages directs ou indirects... subis par le client

1. Liège (7^e ch.), 25 janv. 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 520, note P.H. Dans un sens analogue, Liège (7^e ch.), 17 oct. 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4-5, p. 354.

2. Civ. Liège, 29 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 275; Comm. Liège, 8 mars 1978, *J.L.*, 1978, p. 36.

3. J.P. Liège (2^e canton), 8 mars 1979, *Bull. ass.*, 1980, p. 139.

4. Comm. Tongres, 13 janv. 1977, *J.C.B.*, 1977, 1, p. 401.

5. Comm. Bruxelles, 15 juin 1961, *R.G.A.R.*, 1961, n° 7072.

6. Bruxelles, 22 janv. 1993, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12491. Certaines précisions permettent de mieux comprendre l'arrêt. Le prix du développement est compris dans le prix d'achat du film. Par ailleurs, la clause limitative de responsabilité est imprimée sur l'emballage, sur la notice d'emploi, sur l'enveloppe dans laquelle le film est envoyé au développement et sur la souche remise au client. Les films ont été déposés dans une urne réservée à leur collecte dans un magasin GB-INNO-BM, puis pris en charge par la firme Kodak qui met à la disposition des clients des pochettes spéciales destinées à contenir les films. La cour a déduit de la correspondance échangée entre les parties que lorsque les clients remettent leurs films à développer par l'intermédiaire de la s.a. GB-INNO-BM, cette dernière n'intervient que comme mandataire de la s.a. Kodak.

ou des tiers à la suite de l'utilisation ou de la non-utilisation des programmes (...) peut voir sa légitimité même mise en cause dans la mesure où pareille exonération formulée en termes généraux et absolus, aboutit à vider de son contenu l'obligation pesant sur le fournisseur, spécialiste en la matière, de fournir à ses clients des programmes utilisables et opérationnels¹.

Jugé que doit être tenue pour nulle la clause 'qui a pour effet d'anéantir la substance de la convention conclue avec le transporteur ou le commissionnaire de transports en lui permettant de se libérer de son obligation essentielle de prendre soin de la marchandise qui lui a été confiée, de la délivrer et de l'assurer ...'².

§ 4. Les clauses abusives

A. LES ARTICLES 31 ET 32 DE LA LOI DU 14 JUILLET 1991

18. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, récemment modifiée par la loi du 7 décembre 1998, le juge peut annuler les clauses tenues pour abusives au sens de l'article 31 de cette loi (devenu l'art. 31, § 1), dont il résulte qu'il faut entendre par clause abusive 'toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties'.

Il va sans dire que cette disposition constitue une arme redoutable aux mains du juge pour combattre nombre de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Elle accorde au juge un pouvoir certain, et largement inédit, de contrôle sur le contenu des contrats. D'autant que la notion de 'déséquilibre manifeste' semble assez fuyante et se prête à une interprétation très subjective de la part du juge. L'article 2 de la loi du 7 décembre 1998, est censé apporter quelques précisions supplémentaires (voir en particulier le nouveau § 3 introduit dans l'art. 31), invitant le juge à tenir compte, dans son appréciation, de la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat et à se référer aux circonstances entourant la conclusion de celui-ci, aux autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

N'ayant pas repéré de décisions de justice faisant application de l'article 31, il est difficile, pour l'heure, de nous faire une idée sur la manière dont il sera mis en œuvre par les cours et tribunaux. On ne peut davantage évaluer dans quelle mesure il contribuera à un salutaire assainissement des contrats.

De toute façon, il convient de souligner l'étroitesse du domaine d'application de la réglementation des clauses abusives. Celle-ci ne concerne pas le vaste champ des rapports entre professionnels³. En effet, le bénéfice de ces dispositions est réservé au seul *consommateur*, étant entendu comme 'toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou services mis sur le marché' (art. 1^{er}, 7 de la loi du 14 juill. 1991). Cela signifie,

1. Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. LEJEUNE; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. LEJEUNE.

2. Comm. Bruxelles, 15 déc. 1972, *J.C.B.*, 1973, p. 351.

3. La formulation de l'article 31 – à la différence de celle de l'article 32 – ne comprend pas de référence explicite aux conventions entre un vendeur et un *consommateur*. Peut-on en déduire que cette disposition serait applicable entre professionnels? Nous ne le pensons pas. En effet, les articles 31 et 32 figurent dans le chapitre V intitulé 'Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services au consommateur'. Les justifications fournies dans les travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1991 au sujet de la norme générale confirment par ailleurs la volonté du législateur de limiter le bénéfice de la réglementation des clauses abusives aux relations entre 'vendeurs' et consommateurs. En ce sens, F. DOMONT-NAERT, 'Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge', in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1996, pp. 219-240, n° 23.

pratiquement, qu'un professionnel agissant *qualitate qua* ne pourra jamais être considéré comme un consommateur au sens de la loi sur les pratiques du commerce¹.

19. On sait que l'article 32 de la même loi du 14 juillet 1991 énumère une série de clauses tenues, de plein droit, pour nulles et interdites. Parmi celles-ci, plusieurs sont plus particulièrement relatives à la responsabilité. Tel est le cas des clauses visées aux numéros 11, 12, 13, 15 et 21 de l'article 32. Certaines de ces dispositions ont déjà été évoquées, on reviendra sur d'autres dans la suite de l'exposé.

Ce n'est pas le lieu pour se livrer à un commentaire approfondi de l'article 32. On se contentera de formuler une double remarque. Tout d'abord, il convient de rappeler que l'énumération de l'article 32 est limitative. Ensuite, on souligne que le juge se bornera à constater qu'une clause figure dans la liste noire établie par cette disposition, sans devoir examiner si la clause concernée crée, dans le cas d'espèce, un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties².

B. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DU 7 DÉCEMBRE 1998

20. Reste à faire brièvement état de la récente loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur³. Adopté en séance plénière de la chambre le 16 juillet 1998, ce nouveau texte vise à compléter la mise en œuvre de la directive du Conseil n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁴. Pour la mémoire, la loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales assure la transposition de la directive pour ce secteur exclu du champ d'application de la loi sur les pratiques du commerce.

Vu le peu de temps et d'espace mis à notre disposition, à l'occasion de la correction des épreuves de ce livre, pour faire écho aux nouvelles dispositions, notre exposé sera nécessairement sommaire. Qu'il nous soit permis de relever surtout deux prohibitions particulières, qui touchent directement à la responsabilité⁵.

L'article 32, 22° (nouveau) tient pour abusives les clauses qui ont pour objet *'d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce vendeur'*.

Cette interdiction déborde le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux (*supra*, n° 10) puisqu'elle concerne également l'immense variété des contrats de services conclus avec les consommateurs. En excluant tout type de limitation – y compris, par exemple, le simple plafonnement des indemnités –, cette disposition innove assurément par rapport au droit commun.

L'article 32, 27° (nouveau) interdit les clauses visant à *'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du vendeur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le vendeur d'une quelconque de ses obligations contractuelles'*.

Cette disposition abolit la distinction, introduite par la jurisprudence en matière civile, entre obligations essentielles et obligations *'non essentielles'* (*supra*, n° 16).

1. E. DIRIX, 'De bezwarende bedingen in de W.H.P.', *R.W.*, 1991-1992, p. 595, E. Sur la délicate question de la définition du consommateur, voir T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Coll. Droit et Consommation, XVI, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 53, n° 20.

2. J.-J. EVRARD, 'Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juill. 1991)', *J.T.*, 1992, pp. 681 et s., spéc. p. 689, n° 43.

3. *M.B.*, 23 déc. 1998, p. 40703.

4. *J.O.C.E.*, 21 avril 1993, N° L 95/29.

5. Cf. aussi M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Kluwer, n° 287 (à paraître).

Désormais, dans les contrats conclus avec les consommateurs, les *clauses exonératoires de responsabilité* portant atteinte à une *quelconque* obligation contractuelle du vendeur sont interdites et nulles. Il est à noter que la solution est en contradiction avec le libellé de l'article 32, 11°, *in fine*, de la loi du 14 juillet 1991. On peut regretter que la finale de cette dernière disposition n'ait pas été expressément abrogée par la loi du 23 décembre 1998: ce genre d'oubli ne contribue pas à la lisibilité des textes de loi.

En revanche, les *limitations de responsabilité* sont autorisées, pourvu qu'elles soient 'appropriées'. On devine qu'il appartient maintenant à la jurisprudence de donner des contours plus précis à ce critère pour le moins flou. On peut se demander si une disposition aussi vague a bien sa place dans le cadre de la liste de l'article 32.

SECTION 3. LE RÉGIME JURIDIQUE DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

SOUS-SECTION 1. LA CONNAISSANCE ET L'ACCEPTATION DES CLAUSES RESTRICTIVES DE RESPONSABILITÉ

§ 1. Principes

21. Les juges n'appliquent les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité que si elles ont été connues *et* acceptées par la personne à laquelle elles sont opposées¹. Ils font preuve d'une vigilance particulière à l'égard des conditions générales du contrat, qui comprennent fréquemment une clause d'exonération de responsabilité, en s'assurant que le cocontractant en a pris connaissance, ou du moins a eu la possibilité d'en prendre connaissance, préalablement à la conclusion du contrat. En matière extra-contractuelle, la même exigence doit être rencontrée: celui qui invoque une clause restrictive de responsabilité doit démontrer que le demandeur en responsabilité ne pouvait ignorer son existence. Des contestations s'élèvent fréquemment en cas d'affichage des conditions générales – dans un magasin, par exemple – ou d'une simple décharge de responsabilité – dans une aire de parking ou une plaine de jeux². La jurisprudence a dégagé, au fil des cas d'espèce, divers critères d'appréciation tels que le type et la taille des caractères utilisés, l'emplacement ou la langue du texte des conditions contractuelles³.

Le débiteur qui entend se prévaloir d'une clause doit rapporter la preuve que celle-ci a bien été acceptée par la partie à laquelle elle est opposée⁴. Les tribunaux prêtent une grande attention à cette exigence. Une acceptation expresse n'est pas nécessaire. Conformément au droit commun, l'acceptation peut être tacite. Cependant, le silence ne vaut acceptation que s'il est circonstancié.

§ 2. Applications

22. Jugé que le restaurateur qui met un local-vestiaire à la disposition de ses clients conclut avec ces derniers un contrat de dépôt volontaire, '[dans lequel] il est

1. Voir not. P. VAN OMMESELAGHE, 'Les clauses ...', *o.c.*, 1990, pp. 250 et s.

2. Sur ce point et pour des exemples, R. KRUIJTHOF, *o.c.*, p. 173, n° 7.

3. Cf., récemment, Bruxelles, 12 sept. 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4-5, p. 352.

4. Comm. Bruxelles, 3 nov. 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 992.

parfaitement licite de stipuler des clauses restrictives ou élisives de responsabilité'. En l'espèce, le tribunal a estimé 'que la demanderesse a accédé à la clause d'exonération que constitue l'avis affiché en double sur la paroi du vestiaire ...'¹.

Jugé que la clause apposée de façon claire et visible à l'entrée d'une concession, par laquelle le concessionnaire se dégage de sa responsabilité vis-à-vis des tiers en cas d'accidents ou de pertes survenant sur le terrain de la concession, est en principe valable et que le fait pour des tiers de pénétrer volontairement à l'intérieur de la concession, prouve leur acceptation tacite des conditions formulées par le concessionnaire².

Jugé qu'en marquant son accord à l'offre du distributeur d'électricité et, par la suite, par sa consommation, l'usager a accepté le règlement de distribution d'électricité dont il pouvait prendre connaissance à tout moment. Les clauses de ce règlement lui sont donc opposables³.

Jugé qu'un usager de la Régie des Postes ne pouvait avoir connaissance de la limitation de responsabilité prévue pour certains envois spéciaux (en l'espèce, des bijoux) ni, *a fortiori*, l'avoir acceptée tacitement par son envoi⁴.

Jugé qu'une clause limitative de responsabilité insérée dans les conditions générales de vente affichées à l'intérieur d'une teinturerie ne peut être opposée au client que si la preuve de son accord préalable, exprès ou tacite, est rapportée par celui qui invoque cette clause. En l'espèce, le tribunal a estimé que 'l'affichage à l'intérieur du magasin d'un texte imprimé en caractères plutôt petits et comprenant dix articles n'attire pas suffisamment l'attention du client pour qu'on puisse en déduire que celui-ci a marqué son accord par le fait même qu'il a confié un travail au commerçant'⁵.

Jugé que le commerçant qui se prévaut d'une clause d'exonération de responsabilité qu'il prétend avoir affichée à l'entrée de ses installations, un car-wash en l'occurrence, doit rapporter la preuve de l'acceptation de la clause par le client victime d'un accident dommageable⁶.

Jugé que la clause litigieuse, inscrite au recto d'un ticket de dépôt remis au propriétaire de la voiture lors de son entrée au parking, est opposable à ce dernier: 'il ne peut juridiquement soutenir qu'il n'a pas pris connaissance du document qui lui était remis dans ces circonstances; il lui appartenait d'y consacrer un minimum d'attention et, au cas où il n'en acceptait pas toutes les conditions, de renoncer à garer sa voiture en cet endroit'⁷.

Jugé que l'affichage d'un simple panneau est insuffisant, celui-ci pouvant échapper à l'attention de la clientèle qui ne l'a pas pris en considération en pénétrant dans le parking⁸.

Jugé, par contre, que la clause d'exonération de la S.N.C.B.F. en ce qui concerne les voitures de son personnel mises en stationnement dans les emplacements qu'elle met gratuitement à leur disposition, clause qui est à la connaissance

1. Comm. Bruxelles, 14 sept. 1976, *J.C.B.*, 1976, I, p. 534.

2. Anvers, 15 déc. 1994, *Dr. europ. transp.*, 1995, p. 358.

3. Gand, 20 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451 note P. VAN DER WIELEN.

4. Bruxelles, 10 déc. 1992, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12493.

5. Comm. Namur, 20 janv. 1977, *R.R.D.*, 1977, p. 314. Même solution: J.P. Arlon, 14 oct. 1977, *J.L.*, 1978-1979, p. 39; Civ. Arlon, 3 oct. 1979, *J.L.*, 1979-1980, p. 172.

6. J.P. Liège, 8 mars 1979, *Bull. ass.*, 1980, p. 139.

7. Civ. Liège, 29 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 275.

8. Civ. Louvain, 9 févr. 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 1551.

de ce personnel et d'ailleurs clairement affichée dans les parkings, est valable et parfaitement opposable. Cette clause prévoit que les membres du personnel supportent toutes les conséquences de l'usage de ces parkings. Ainsi formulée en termes généraux, elle se rapporte notamment au dommage causé par la faute des membres de ce personnel¹.

SOUS-SECTION 2. L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES RESTRICTIVES DE RESPONSABILITÉ

23. Dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile, les clauses restrictives de responsabilité sont de *stricte* interprétation².

En particulier, la jurisprudence considère que les clauses restrictives de responsabilité rédigées en termes généraux ne trouvent pas à s'appliquer en cas de faute lourde du débiteur, à moins que les parties aient prévu cette exonération de manière expresse ou qu'elle résulte nécessairement de la disposition concernée³. A défaut, le juge peut écarter la clause d'exonération moyennant, ici, une interprétation véritablement *restrictive* de la volonté des parties.

Par ailleurs, en cas de doute sur la portée d'une clause, celle-ci doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, en l'occurrence la partie qui en bénéficie (art. 1162 C. civ.)⁴. Selon la Cour de cassation, la règle édictée par cette disposition n'est pas un simple conseil donné au juge, elle s'impose à lui lorsqu'il ne peut déterminer la volonté des parties sur base des règles d'interprétation des contrats⁵. Le fondement de cette solution, ainsi que la décision de la Cour d'appliquer l'article 1162 pour déterminer la portée d'une clause indépendamment de l'ensemble de la convention, sont discutés en doctrine⁶.

24. Par application des règles d'interprétation, un juge peut être amené éventuellement à limiter, dans leur portée, les clauses restrictives de responsabilité ambiguës ou obscures. Mais, il ne peut, sous couvert d'interprétation, refuser d'appliquer une clause restrictive de responsabilité, sans violer la force obligatoire des contrats (1134 C. civ.). Cependant, dans le cadre précis des *ventes de produits et services au consommateur*, le juge peut annuler les clauses et conditions abusives au sens des articles 31 et 32 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, récemment modifiée (*supra*, n° 20).

SOUS-SECTION 3. L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DES CLAUSES RESTRICTIVES DE RESPONSABILITÉ

25. Conformément à l'article 1165 du Code civil, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, sans pouvoir profiter aux tiers, ni leur nuire.

Le principe de la relativité des conventions fait obstacle à ce qu'un tiers responsable envers l'une des parties à un contrat puisse invoquer à son profit la clause restrictive de responsabilité convenue entre elles. Par exemple, si des biens

1. J.P. Bruxelles, 8 oct. 1971, *R.G.A.R.*, 1973, n° 9050; J.P. Anvers, 13 janv. 1971, *R.G.A.R.*, 1973, n° 9051.

2. Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189; Bruxelles, 15 mai 1975, *R.G.A.R.*, 1975, n° 9694; Liège, 3 avr. 1962, *J.T.*, 1963, p. 62; Anvers, 26 nov. 1934, *Bull. ass.*, 1936, p. 368.

3. Cass., 22 mars 1979, précité.

4. Cass., 22 mars 1979, précité; Cass., 23 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1196; Mons (1^{re} ch.), 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635.

5. Cass., 22 mars 1979, précité; Cass., 7 sept. 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 21.

6. En particulier, L. CORNELIS, 'Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation', note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 196 et s., spéc. n° 26.

ont été endommagés par suite d'une faute d'un tiers, l'expéditeur pourrait mettre en cause la responsabilité délictuelle du tiers pour obtenir réparation du préjudice subi, sans que ce dernier puisse se prévaloir de la limitation de responsabilité figurant dans le contrat de transport¹.

Rien n'empêche la victime d'agir à la fois en responsabilité délictuelle contre le tiers *et* en responsabilité contractuelle contre son cocontractant. Dans ce cas, les deux défendeurs sont tenus *in solidum* à l'égard de la victime. Si elle choisit de s'adresser au débiteur contractuel, celui-ci pourra invoquer la clause restrictive de responsabilité présente dans la convention conclue avec la victime. Au besoin, cette dernière pourra réclamer au tiers un complément de réparation. Si elle s'adresse au tiers coresponsable, elle obtiendra réparation selon les règles de la responsabilité délictuelle et le tiers ne pourra tirer parti de la convention de responsabilité.

En sens inverse, les clauses restrictives de responsabilité sont, en principe, inopposables aux tiers. Lorsque la violation d'un contrat cause un préjudice à un tiers, celui-ci dispose d'une action en responsabilité délictuelle contre le contractant auteur du fait dommageable. En effet, de longue date, pour atténuer la rigueur de l'article 1165 du Code civil, on distingue, parmi les conséquences d'un contrat, les 'effets internes', qui ne concernent, en principe, que les parties, et les 'effets externes', qui sont opposables aux tiers². Il en résulte que, sans pouvoir exiger l'exécution d'un contrat, un tiers est néanmoins autorisé à s'en prévaloir, *en tant qu'élément de fait*, pour en déduire certaines conséquences juridiques le concernant. Ainsi, il est admis qu'un même fait peut constituer à la fois une transgression du contrat préjudiciable au contractant et une faute aquilienne susceptible de nuire au tiers et qu'en ce cas, ce dernier dispose d'une action délictuelle.

Dans le cadre de l'action *ex delicto*, le défendeur peut-il se prévaloir d'une clause restrictive de responsabilité à laquelle le tiers est étranger? A cet égard, il convient de distinguer deux espèces de cas³.

Dans le premier, par hypothèse, la violation du contrat n'est pas l'élément déterminant du dommage subi par le tiers, qui est d'abord et avant tout victime d'un acte illicite en soi (négligence, imprudence, impéritie ...). Autrement dit, pour reprendre une heureuse formulation de J. LIMPENS, la violation du contrat est un *élément purement adventice* de la responsabilité délictuelle du contractant. Il en découle qu'aucun élément du contrat ne peut être invoqué, à titre d'exception, par le défendeur à l'action. En particulier, les conventions de responsabilité sont inopposables au tiers. La solution est parfaitement logique, dès lors que l'action délictuelle dirigée contre le contractant s'appuie, non pas sur l'inexécution du contrat, mais sur la preuve du manquement du défendeur à l'obligation générale de prudence s'imposant à chacun et à l'égard de tous.

Dans le second cas annoncé, le tiers n'est pas tant victime d'un acte illicite 'en soi' que de l'inexécution du contrat en tant que tel. Le contrat apparaît donc ici comme un *élément essentiel* de la responsabilité délictuelle du contractant à l'égard du tiers. L'hypothèse envisagée est qu'un contractant cause préjudice à un tiers en contrevenant, non à une disposition légale particulière, ni au devoir général de prudence, mais uniquement à la loi du contrat. Les rares auteurs qui se sont penchés sur ce problème n'excluent pas que le tiers puisse faire grief au contractant défaillant d'avoir lésé le droit du premier en méconnaissant des

1. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, 'Conventions de responsabilité', *Juris-classeur*, v° *Contrats-Distribution*, Fasc. 155, 1988, p. 22, n° 138.

2. Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272. A ce sujet, voir M. FONTAINE, 'Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats', *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, sous la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 40-66.

3. J. LIMPENS, 'Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation du contrat', *Rev. dr. intern. comp.*, 1954, n° spéc., p. 99, n° 5.

engagements purement contractuels¹. D'après eux, et en substance, il en serait ainsi dès l'instant où le contrat devait *en fait* profiter au tiers et que le débiteur le savait. Cette condition se trouve réalisée, notamment, lorsqu'on est en présence d'un groupe de contrats, formé de contrats principaux et de contrats accessoires ou de plusieurs contrats interdépendants qui traduisent une seule opération économique². En effet, si une personne intervient dans une opération juridique complexe, dont elle connaît la portée et les répercussions à l'égard des autres participants à l'ensemble contractuel, tenus de lui accorder leur confiance, elle engage sa responsabilité à leur égard pour avoir trompé leur confiance légitime.

Comme l'a suggéré une doctrine autorisée, il serait incohérent de permettre à un tiers de se prévaloir de l'inexécution d'un contrat pour établir la faute délictuelle du débiteur, tout en interdisant à ce dernier d'opposer les termes de son contrat³. Ainsi, s'il se fonde sur le contrat pour agir, le tiers devrait en respecter les clauses, notamment celles visant à restreindre la responsabilité du débiteur, pour autant qu'elles soient valables et ne le privent pas du bénéfice de dispositions d'ordre public⁴. Il semble logique, en effet, que le juge puisse estimer, selon les circonstances, que la confiance placée par le tiers en la personne du débiteur de son propre débiteur n'est *légitime* que *dans les limites* du contrat conclu entre ces derniers. Si l'on admet que le juge tienne compte, comme d'un fait, des termes du contrat pour déterminer l'étendue et la teneur des obligations assumées, et ainsi caractériser la faute, rien ne s'oppose rationnellement, ni juridiquement, à ce qu'il puisse également prendre acte des clauses restrictives de responsabilité inscrites au contrat, *en tant qu'éléments de fait*, afin de déterminer dans quelle mesure l'intérêt *légitime* du tiers à la bonne exécution du contrat a pu être lésé⁵. Loin de méconnaître le prescrit de l'article 1165 du Code civil, cette analyse fait une simple application du régime des effets externes des contrats⁶.

26. Il existe plusieurs exceptions au principe de l'inopposabilité au tiers des contrats et, singulièrement, des clauses restrictives de responsabilité y figurant.

1. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, Sources des obligations, Paris, Rousseau, 1923, p. 404, n° 241 ; J. VAN RYN, obs. sous Bruxelles (1^{re} ch.), 4 juin 1930, *B.J.*, 1930, p. 561 ; J. LIMPENS, *o.c.*, spéc. p. 103, n° 12.
Les quelques auteurs ayant eu l'attention attirée par cette doctrine paraissent l'approuver : M.-A. et Ph. FLAMME, 'Chronique de jurisprudence. La sous-traitance', *J.T.*, 1983, p. 382, n° 61, note 157 ; X. DIEUX, 'Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources!', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, spéc. pp. 146-150, n° 11 ; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, 'La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers', *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1994, pp. 227-228, n° 8 ; P. VAN OMMELAGHE, 'L'exécution des contrats de services par autrui', *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1994, spéc. p. 274, n° 20.
2. Sur la notion de 'groupe de contrats', voir, en particulier, B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. de J.-M. MOUSSERON, Paris, L.G.D.J., 1975, qui propose une savante typologie des groupes de contrats rencontrés dans la pratique.
3. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse dactyl., Paris II, 1979 ; F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse dactyl., Paris II, 1978 ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, précité ; J. NERET, *Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979 ; P. JOURDAIN, 'La nature de la responsabilité dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juill. 1991', *D.S.*, 1992, I, chron., p. 149, spéc. p. 155, n°s 32 et 33.
4. G. VINEY, 'Chronique. Responsabilité civile', *J.C.P.*, 1993, I, 3664, p. 144, spéc. p. 145, n°s 4 et 6 ; *Idem*, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 228, n° 240.
5. En ce sens, X. DIEUX, 'Les chaînes et groupes de contrats ...', *o.c.*, pp. 109 et s., spéc. pp. 146-150, n° 11. Comp. P. VAN OMMELAGHE, 'L'exécution des contrats de services par autrui', *o.c.*, p. 275, n° 20.
6. Sans mettre en cause la cohérence d'ensemble de la solution exposée au texte, ni sa correction sur le plan technique, nous pensons, pour notre part, qu'elle n'est pas parfaitement heureuse. Ne suppose-t-elle pas une lecture, à ce jour, excessivement audacieuse du principe de l'effet relatif des contrats et de la théorie de la responsabilité aquilienne, qui tend à confondre les deux ordres de responsabilité ? En effet, le système fait que l'action délictuelle, fondée sur l'art. 1382 ou 1383 C. civ., se trouve, en réalité, largement dominée par la loi du contrat (d'une part, elle s'appuie sur la méconnaissance d'obligations purement contractuelles et, d'autre part, le défendeur peut opposer au demandeur les termes de son contrat). A ce sujet, voir notre thèse *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 21, P.U.N., 1998, spéc. n° 247.

Ainsi en est-il de la stipulation pour autrui, pourvu que soient réunies les conditions d'existence du mécanisme (*cf.* art. 1121 C. civ.)¹.

On songe encore au cas des ventes successives: depuis longtemps, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent au sous-acquéreur le droit d'exercer les actions en responsabilité attachées à la chose vendue à l'encontre du vendeur initial ou de l'un quelconque des vendeurs intermédiaires². La justification de la solution demeure controversée en doctrine³. Quoi qu'il en soit, le fondement le plus couramment avancé est la transmission des actions en responsabilité du vendeur initial aux acheteurs successifs à titre d'accessoires du bien vendu au sens de l'article 1615 du Code civil⁴. Il en résulte que le sous-acquéreur ne peut agir en responsabilité contre le premier vendeur que dans les limites du contrat de ce dernier. Ainsi, il peut se voir opposer toutes les exceptions – notamment les clauses restrictives de responsabilité, pour autant qu'elles soient valables – que le vendeur originaire pouvait opposer à son propre acheteur. En revanche, les limitations de responsabilité introduites par les intermédiaires demeurent, dans leurs effets, personnelles aux vendeurs qui les ont stipulées.

La même explication est proposée pour justifier la transmission, par le maître de l'ouvrage à son acheteur, de l'action fondée sur la garantie décennale. Par conséquent, *mutatis mutandis*, le régime de la solution est semblable⁵.

P. VAN OMMEFLAGHE évoque encore diverses hypothèses dans lesquelles la jurisprudence accepte l'idée qu'un tiers puisse *adhérer* à un contrat et en retirer certains droits ou obligations⁶. Dans ce cas, il peut se voir opposer les éventuelles clauses restrictives de responsabilité figurant dans le contrat.

Ainsi, pour faciliter les recours du destinataire et de l'expéditeur contre le premier transporteur, la Cour de cassation a admis, par deux arrêts de principe, que le destinataire et l'expéditeur peuvent agir en responsabilité non seulement contre le transporteur originaire mais aussi contre le dernier et tous les transporteurs intermédiaires, sans devoir démontrer que l'incident s'est produit pendant la partie du trajet exécutée par le défendeur à l'action⁷. Cela revient à considérer que les transporteurs successifs sont tenus solidairement envers le destinataire et l'expéditeur. Selon J. VAN RYN et J. HEENEN, la solution s'explique précisément par l'adhésion de chaque transporteur à l'opération de transport initialement convenue⁸. Pareille solution, inspirée du droit des transports, a été

1. Sur les conditions de fond et de forme de la stipulation pour autrui, H. DE PAGE, *Traité*, t. II, nos 649, 654, 663; P. JADOU, 'La stipulation pour autrui (rapport belge)', *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 408-429.
2. Cass., 8 juill. 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 300. Depuis, la solution est constante. Voir L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.-A. FORIERS, 'Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux', *R.C.J.B.*, 1995, pp. 107 et s., spéc. n° 57 et les réf.
3. Pour un exposé critique des différentes justifications proposées, voir, not., J. GHESTIN et B. DESCHÉ, 'La vente', *Traité des contrats*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1990, n° 1015 et s.; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 'Les ventes en chaîne, la responsabilité *in solidum* et le recours contributif, une coexistence difficile', note sous Cass., 22 oct. 1993, *R.C.J.B.*, 1996, pp. 43-63.
4. P. ex., P. VAN OMMEFLAGHE, 'La transmission des obligations en droit positif belge', in *La transmission des obligations. Travaux des IX^e journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 129; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. III, n° 701.
5. M.-A. et P. FLAMME, *Le droit des constructeurs. Entr. et dr.*, 1984, n° 244; *Idem*, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 238; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 346, n° 363; J.-P. VERGAUWE, *Le droit de l'architecture*, Bruxelles, De Boeck, 1991, p. 177, § 2; L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.-A. FORIERS, 'Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux', *R.C.J.B.*, 1986, p. 163, n° 460. Voir aussi J. H. HERBOTS, 'L'affinage du principe de la transmission automatique des droits *propter rem* du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble', sous Cass. (1^{re} ch.), 15 sept. 1989, *R.C.J.B.*, 1992, spéc. p. 516, n° 5, et les réf.
6. P. VAN OMMEFLAGHE, 'Les clauses ...', *o.c.*, 1990, pp. 259-260, n° 22.
7. Cass., 17 juill. 1873, *B.J.*, 1873, p. 977; Cass., 30 janv. 1879, *B.J.*, 1879, p. 466.
8. Chacun y adhère par une manifestation unilatérale de volonté, qui l'engage directement envers l'expéditeur et le destinataire, à condition que cette adhésion soit certaine. J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, p. 789, n° 922. Cette explication a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 17 sept. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 70. Voir aussi P. VAN OMMEFLAGHE, 'L'exécution des contrats de services par autrui', *Les contrats de service*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1994, p. 261, n° 16.

défendue, par plusieurs auteurs, en matière de transferts électroniques de fonds¹ ou d'informations numériques² empruntant divers réseaux.

SOUS-SECTION 4. L'INCIDENCE DE LA NULLITÉ D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE DE RESPONSABILITÉ

27. On considère généralement que la nullité d'une clause restrictive de responsabilité n'entraîne pas la nullité de la totalité de la convention. La notion d'indivisibilité est invoquée pour justifier pareille solution³. Sans doute est-il question ici, non de l'indivisibilité objective, qui tient à la nature des choses, mais de l'*indivisibilité subjective*, fondée sur la commune intention des parties (*cf.* l'art. 1217 C. civ.)⁴. En toute hypothèse, il s'agit d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond⁵. S'il s'avère que la présence de la clause nulle était essentielle aux yeux des parties et a déterminé ces dernières à conclure le contrat, la nullité devra s'étendre à l'ensemble de la convention⁶. Dans le cas contraire, qui est le plus fréquent, seule la clause litigieuse est réputée non écrite et les autres stipulations du contrat gardent toute leur force et leur portée.

Cela étant, on peut gager que, bien souvent, les parties n'ont pas la même perception de la portée et de l'importance de la clause d'exonération. Le recours à la notion d'indivisibilité et à la commune volonté des parties présente fréquemment un caractère quelque peu artificiel.

On conçoit mal que la présence de la clause restrictive de responsabilité ait pu déterminer le consentement du cocontractant désavantagé par celle-ci. Il est raisonnable de penser que seul le bénéficiaire de pareille clause a pu envisager que la convention dans son ensemble – en ce compris la clause – formait un tout indivisible en ce sens qu'il n'aurait pas conclu s'il avait su que cette dernière serait déclarée inefficace. Certains auteurs estiment que, dans cette hypothèse, tout le contrat devrait être déclaré nul, même s'ils concèdent que telle n'est pas la solution généralement retenue⁷. Le raisonnement est manifestement fondé sur la théorie des vices du consentement. Toutefois, on peut observer, avec Michel COIPEL, qu'il 'semble perdre de vue que l'erreur de droit qui a vicié le consentement ne peut entraîner la nullité de la convention que si elle est excusable, ce qui est rarement le cas dans le chef de ceux qui établissent les conditions générales'⁸.

On comprend dès lors que la jurisprudence se borne, le plus souvent, à prononcer la nullité de la clause restrictive de responsabilité, tout en maintenant

1. Voir M. VASSEUR, 'Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement', *Rev. banq.*, n° 5, 1982, pp. 577-600, spéc. p. 592; X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 19, P.U.N., 1996, p. 221, n° 150.

2. Voir Y. POULLET et C. MONVILLE, *La demande finale en télématique. Aspects juridiques*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 62; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 21, P.U.N., 1998, p. 427, n° 206.

3. P. VAN OMMELAGHE, 'Les clauses ...', *o.c.*, 1990, p. 262, n° 24.

4. Sur cette notion, J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1980, spéc. p. 756, n° 888; J. BOULANGER, 'Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques', *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, pp. 8 et s.

5. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 301.

6. A cet égard, voir l'art. 1172 C. civ.

7. L. CORNELIS, 'Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation', *o.c.*, p. 209, n° 15; R. KRUTHOF, *o.c.*, p. 190, n° 21, *in fine*.

8. M. COIPEL, *Théorie générale des contrats*, vol. 3, *Guide juridique de l'entreprise* (2^e éd.), Livre 31, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 19.

le contrat¹. Même si, dans certaines circonstances², cette solution peut être critiquée, il faut bien admettre qu'elle présente, en pratique, d'indéniables avantages. En effet, la solution contraire serait de nature à dissuader la partie désavantagée par la clause à en contester la validité étant donné que, d'ordinaire, elle souhaitera le maintien du contrat. Il serait, par ailleurs, choquant que le bénéficiaire de la clause puisse obtenir la nullité du contrat en invoquant la nullité d'une clause rédigée par lui-même³.

On le voit, de sérieux arguments d'opportunité plaident en faveur de la solution établie en jurisprudence. Reste à se demander s'il est concevable que le cocontractant lésé par la clause obtienne l'annulation du contrat. L'hypothèse semble quelque peu théorique, mais on peut imaginer que, pour l'une ou l'autre raison, il veuille 'profiter' de la découverte *a posteriori* du caractère litigieux de la clause pour se dégager de ses liens contractuels. A la réflexion, on ne voit pas très bien sur quelle base il pourrait obtenir satisfaction. Il est évidemment exclu qu'il parvienne à établir que la présence de la clause avait déterminé son consentement au contrat. L'invalidation de la clause suffit, au demeurant, à rétablir l'équilibre du contrat, sans que rien ne paraisse justifier l'anéantissement de celui-ci en entier.

28. Deux observations méritent encore d'être formulées.

Assez souvent, la clause restrictive de responsabilité n'est que *partiellement* annulée au sens où elle est déclarée inefficace au regard de certains types de fautes tandis qu'elle subsiste en présence d'autres types de fautes. Tel est le cas fréquent des clauses rédigées en termes généraux et exonérant le débiteur de toute responsabilité en cas d'inexécution. Pareille clause n'est pas nulle dans son ensemble: par application de l'article 1157 du Code civil, on peut considérer que la nullité de certains de ses éléments n'affecte pas la validité des autres. Par exemple, la clause sera écartée en cas de faute dolosive, mais permettra de couvrir efficacement la faute légère, et même la faute lourde aux conditions déjà examinées (*supra*, n° 13).

Enfin, rien n'empêche, bien entendu, de prévoir conventionnellement que le fait qu'une clause soit réputée non écrite n'entraîne pas la nullité de tout le contrat. Ainsi, la clause suivante:

'Au cas où l'une quelconque des clauses du présent contrat serait nulle ou annulée en vertu d'une décision judiciaire définitive ou au regard d'une disposition légale ou réglementaire, les autres stipulations garderont toute leur force et leur portée.'

1. L'article 33, § 1^{er}, alinéa 2 (nouveau) de la loi sur les pratiques du commerce dispose à cet égard que 'le contrat reste contraignant pour les parties, s'il peut subsister sans les clauses abusives'.

2. On vise ici les cas exceptionnels, mais concevables, où la clause aurait déterminé le consentement au contrat. Mais on songe aussi aux hypothèses où la clause est annulée sur le fondement de l'article 1174 du Code civil, déclarant nulle l'*obligation* contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, ou sur base de l'article 1172, déclarant nulle la *convention* qui dépend 'd'une chose ... prohibée par la loi'. Lorsqu'il est fait appel à ces dispositions, tout le contrat devrait, en principe, être annulé. Il devrait en être de même lorsqu'une clause est invalidée par référence à l'adage *fraus omnia (!) corrumpit*. La jurisprudence s'y refuse... au nom du seul réalisme.

3. En ce sens, M. COIPEL, *o.c.*, p. 19.

Chapitre 2. Les conventions ayant pour objet de fixer forfaitairement le montant de la réparation: les clauses pénales

SECTION 1. UNE NOUVELLE RÉGLEMENTATION DES CLAUSES PÉNALES

§ 1. La loi du 23 novembre 1998: surprise et déconvenue

29. La matière des clauses pénales vient de faire l'objet d'une réforme aussi importante que précipitée et maladroite. Le législateur a créé la surprise en adoptant les nouvelles dispositions légales, en séance plénière de la chambre, le 16 juillet 1998. Manifestement cette réforme a été accomplie à la hâte. Elle a été à peine débattue au Parlement comme en témoignent les peu consistants travaux préparatoires. Le Sénat n'a pas jugé bon d'évoquer la proposition de loi malgré la double circonstance qu'elle modifie le Code civil, et ce, à propos de clauses si couramment utilisées en pratique. On peut le déplorer au vu du résultat final. Ainsi, comme nous le verrons dans la suite, on soupçonne un écart, sur plusieurs points, entre les intentions réelles du législateur et leur expression textuelle.

Toujours est-il qu'il faudra compter désormais avec cette loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires et publiée au Moniteur le 13 janvier 1999.

En substance, la loi du 23 novembre 1998 complète l'article 1153 du Code civil, remplace les articles 1126 et 1231, et abroge l'article 1152 du même Code. Dès son entrée en vigueur, elle est d'application immédiate aux contrats en cours. Etant donné son caractère impératif (voir l'art. 1231, § 3 et l'art. 1153, dernier al., *in fine*), sinon d'ordre public¹, la loi nouvelle s'applique non seulement aux clauses stipulées postérieurement à son entrée en vigueur, mais aussi à celles convenues avant cette date, sans toutefois porter atteinte aux droits définitivement acquis sous l'empire des dispositions légales antérieures.

§ 2. La réforme en peu de mots

30. La nouvelle législation confirme le caractère indemnitaire de la clause pénale, en dépit des intentions initiales de l'auteur de la proposition de loi, le député Willems. En effet, parmi d'autres souhaits, ce dernier aurait voulu voir '*préciser clairement dans la loi qu'une clause pénale peut avoir une fonction coercitive et pas uniquement indemnitaire*'². Cet objectif a été abandonné de sorte qu'aujourd'hui la loi consacre expressément la jurisprudence de la Cour de cassation sur le caractère nécessairement indemnitaire de la clause pénale, à l'exclusion de tout rôle comminatoire (*infra*, n° 34).

La principale innovation réside dans la faculté désormais reconnue au juge de *réduire* les clauses pénales excessives, alors qu'auparavant il était tenu de

1. Argument: le pouvoir reconnu au juge de réduire d'office les clauses pénales ou les intérêts moratoires excessifs (voir l'art. 1231, § 1^{er} et l'art. 1153, dernier al.).

2. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1373/1-97/98, p. 4.

prononcer leur nullité conformément à l'enseignement de la Cour de cassation (*infra*, n° 35).

A ce stade, il convient de relever une autre nouveauté, dont on peut toutefois se demander si elle n'est pas due, en réalité, à une inadvertance du législateur. La loi établit une distinction entre la clause pénale *proprio sensu* (art. 1226 et 1231 C. civ., nouveaux) et la clause qui fixe un taux d'intérêts moratoires en matière de dettes de somme (nouvel al. introduit dans l'art. 1153 C. civ.). Si l'on s'en tient à une lecture littérale de l'article 1153 de la loi, force est de conclure que le régime des clauses d'intérêts moratoires déroge désormais au droit commun des clauses pénales. Jusqu'ici toutes les clauses visant à fixer forfaitairement le montant de la réparation obéissaient au même régime juridique : les clauses d'intérêts moratoires étaient regardées comme des clauses pénales. Comme paraît le suggérer l'intitulé même de la loi, le législateur du 23 novembre 1998 rompt avec cette assimilation traditionnelle. Cette éventualité laisse songeur, d'autant qu'elle n'est guère étayée dans les travaux préparatoires. On y reviendra (*infra*, n° 41).

§ 3. Première appréciation 'à chaud' : une occasion manquée !

31. Une analyse, même sommaire, du nouveau régime légal des clauses pénales laisse une impression de travail bâclé. Tout se passe comme si le législateur avait manqué une bonne occasion de trancher certaines controverses persistantes et, ce faisant, d'apporter la sécurité juridique attendue en cette matière. Malheureusement, on peut craindre qu'il n'en soit pas tout à fait ainsi. En effet, il est permis d'épingler plusieurs curiosités et inattentions du législateur, qui ne manqueront pas de nourrir d'interminables polémiques.

Ainsi, on comprend mal la distinction entre clauses d'intérêts moratoires et clauses pénales proprement dites. Le nouvel alinéa introduit dans l'article 1153 soulève des objections majeures et suscitera assurément bien des difficultés d'interprétation. On peut déplorer que l'article 1229 n'ait pas été supprimé étant donné la nouvelle mouture de l'article 1226. Sur un plan plus anecdotique, la référence au vocable 'peine' à l'article 1231, § 1^{er} (nouveau) est malheureuse dès lors que le législateur a fermement répudié la fonction coercitive de la clause pénale. Parmi d'autres, cela fait tout de même beaucoup de 'coquilles' pour une loi qui comprend à peine cinq articles !

32. Ayant achevé la rédaction du présent livre au début du mois de juillet 1998, nous n'avions pu tenir compte de cette loi nouvelle. Compte tenu des impératifs de parution de l'ouvrage et de la nécessité d'adapter notre texte initial sans modifier de trop la conception d'ensemble, nous proposons une présentation, sobre et circonspecte, des nouvelles dispositions, en veillant à les situer parmi les solutions prétoriennes élaborées sous l'ancien dispositif légal.

SECTION 2. LA NOTION DE CLAUSE PÉNALE

§ 1. Définition et commentaires

33. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la clause pénale consiste dans la détermination préalable et forfaitaire du dommage qui pourrait résulter pour le créancier de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation contrac-

tuelle¹. Le nouvel article 1226 du Code civil définit la clause pénale comme 'une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution'.

En toute hypothèse, la clause pénale est uniquement applicable en cas de défaillance *fautive* du débiteur, sauf si les parties ont convenu que ce dernier serait tenu de répondre de la force majeure².

La mise en œuvre de la clause pénale suppose également la mise en demeure préalable du débiteur (art. 1230 C. civ.). Cependant, cette mise en demeure ne doit pas contenir plus que l'expression claire et non équivoque de la volonté du créancier de voir exécuter l'obligation principale: il n'est pas tenu d'avertir le débiteur qu'il s'expose aux effets légaux ou contractuels d'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation³.

En tant qu'elle fixe forfaitairement et par avance le montant des dommages et intérêts compensatoires (ou moratoires, c'est selon), la clause pénale déroge, à plus d'un titre, au régime normal de la détermination de la réparation. L'évaluation des dommages et intérêts est opérée, non par le juge, mais par les parties elles-mêmes. Le créancier est dispensé d'établir l'existence et le *quantum* du préjudice⁴, ainsi que du lien de causalité entre la faute et le dommage⁵. Le montant de l'indemnité due n'est pas calculé en fonction du dommage réellement subi: et pour cause, puisque ce montant est déterminé au moment de la conclusion du contrat, de manière nécessairement forfaitaire. Enfin, lorsqu'elle concerne les dommages et intérêts moratoires, la clause pénale déroge au taux d'intérêt légalement prévu⁶; ce dernier point doit être nuancé depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 1998 réformant la matière (*supra*, n° 30; *infra*, spéc. n° 41).

§ 2. La fonction indemnitaire de la clause pénale

34. En principe, les clauses pénales n'ont pas pour objet de limiter ou d'écarter (*infra*, n° 50), ni d'aggraver excessivement, la responsabilité du débiteur, mais uniquement de supprimer l'aléa de l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts, en fixant une indemnisation forfaitaire. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la clause pénale ne peut remplir qu'une fonction purement *indemnitaire*. En d'autres termes, le forfait doit être établi, dans toute la mesure du possible (s'agissant d'une approximation anticipée), en fonction du préjudice que le créancier est objectivement *susceptible* de subir en cas d'inexécution.

Si le forfait prévu est clairement supérieur au dommage raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat, la clause pénale perd son caractère simplement indemnitaire pour jouer, en sus, un rôle de *peine privée*. Dans ce cas, en effet, il apparaît évident qu'elle vise à faire pression sur le débiteur pour qu'il s'exécute. A la limite, le créancier pourrait avoir intérêt à spéculer sur l'inexécution du contrat dans la mesure où celle-ci lui procurerait un bénéfice plus important que celui résultant de son exécution normale. La clause revêt alors un

1. Cass., 10 avr. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1118; *Rev. not. belge*, 1997, p. 225; Cass., 21 nov. 1985, *J.T.*, 1986, p. 394; *Pas.*, 1986, I, p. 347; *R.W.*, 1986-1987, p. 2872; Cass., 2 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 371; Cass., 16 sept. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48; Cass., 28 nov. 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 374.

2. Cass., 8 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 389; Cass., 3 nov. 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 202; Gand, 27 sept. 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 392; Anvers, 19 avr. 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 52, note J. VANBELLE; Bruxelles, 22 mai 1986, *R.D.C.*, 1988, p. 192.

3. Cass., 16 sept. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48; *R.W.*, 1984-1985, p. 463; *Arr. cass.*, 1983-1984, p. 45.

4. Cass., 3 févr. 1995, *Pas.*, 1995, p. 130; *R.W.*, 1995-1996, p. 226, qui casse la décision du juge du fond pour la raison que le créancier qui a stipulé une clause pénale 'ne peut être obligé de démontrer qu'il a réellement subi un dommage'.

5. Une fois le fait générateur de responsabilité établi, le dommage, tel que déterminé par la clause pénale, et le lien causal sont présumés établis. Cf. P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, 1990, p. 231, note 1.

6. L'article 1153 du Code civil est supplétif de sorte que les parties ont la faculté de convenir de dommages-intérêts moratoires excédant le taux légal. Cf. Comm. Charleroi, 23 juin 1977, *J.T.*, 1977, p. 573, note C. VAN HAM.

caractère non seulement indemnitaire, mais aussi comminatoire. En tout état de cause, le procédé paraît suspect, et même contraire à l'ordre public. La validité de la clause pénale se trouve dès lors compromise.

SECTION 3. LE SORT DES CLAUSES PÉNALES COMMINATOIRES

§ 1. La situation antérieure à la loi du 23 novembre 1998

A. L'ILLICÉITÉ DES CLAUSES PÉNALES COMMINATOIRES ET LEUR SANCTION

35. Depuis un arrêt de principe rendu le 17 avril 1970, la Cour de cassation considère que la clause pénale ne peut remplir qu'une fonction purement indemnitaire: à défaut, c'est-à-dire si elle présente un caractère comminatoire, elle est considérée comme *illicite* pour atteinte à l'ordre public (art. 6 et 1131 C. civ.)¹.

Puisque l'ordre public est en cause, logiquement, la clause pénale comminatoire est *sanctionnée par la nullité*, sur la base des dispositions citées, et *non par sa réduction*.

Cette solution a été maintes fois réaffirmée par la Cour de cassation², en dépit des sévères critiques qu'elle a suscitées de la part d'une partie non négligeable de la doctrine³. Cette jurisprudence est généralement suivie par les juridictions de fond⁴.

Le juge ne peut donc pas réduire la clause pénale à un montant indemnitaire. Pratiquement, cela signifie que, la clause pénale annulée, le créancier perd non seulement le montant de la peine, mais aussi l'indemnité forfaitaire. Il verra son dommage réparé sur la seule base du droit commun: les dommages et intérêts seront évalués par le juge en fonction du préjudice réellement subi⁵. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a censuré, pour violation des articles 1134 et 1152 du Code civil, des décisions de juridictions de fond qui avaient réduit le montant de l'indemnité forfaitaire convenue au dommage effectivement subi⁶.

1. Cass., 17 avr. 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 545.

2. Cass., 24 nov. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 297; Cass., 24 nov. 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 297; Cass., 2 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 371; Cass., 21 nov. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 347; Cass., 28 nov. 1991, *Pas.*, 1993, I, p. 240; Cass., 3 févr. 1995, *Pas.*, 1995, p. 130.

3. I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Une institution en crise: la clause pénale', note sous Cass., 17 avr. 1970, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 454 et s.; *Idem*, 'Encore la clause pénale: nouvelle phase d'une crise', note sous Cass., 24 nov. 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 302 et s.; J. VAN RYN, 'Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil', *J.T.*, 1980, pp. 557-559.

4. Outre les nombreuses références citées par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, p. 735, n° 134, voir Gand, 8 janv. 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 5, note R. PASCARIELLO; J.P. Jumet, 2 déc. 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 44; Comm. Hasselt, 5 nov. 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 130; Mons, 28 oct. 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 796; Civ. Bruxelles, 31 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 29; Comm. Namur, 4 janv. 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 276; J.P. Roulers, 28 nov. 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 893; Gand, 30 sept. 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 498, note B. WYLLEMAN; J.P. Mol, 19 avr. 1994, *Turnh. rechtsl.*, 1995-1996, p. 2; Bruxelles, 29 juin 1994, *Pas.*, 1993, II, p. 106; Bruxelles, 21 juin 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 1369; Comm. Gand, 22 févr. 1991, *T.G.R.*, 1991, p. 73; Bruxelles, 26 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1389, note A. KOHL; Comm. Bruxelles, 18 février 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 722; *R.D.C.*, 1992, p. 634; Comm. Bruxelles, 30 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 300.

Certains juges réduisent encore les clauses pénales estimées excessives: J.P. Merksem, 16 déc. 1993, *T.R.V.*, p. 212, note D. VAN GERVEN; Mons, 13 janv. 1992, *R.R.D.*, 1992, p. 228, note B. ROLAND; J.P. Hamoir, 30 avr. 1987, *J.J.P.*, 1988, p. 175.

5. P. ex., Liège, 20 févr. 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1127, note F. NAVEZ.

6. Cass., 17 févr. 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 237; Cass., 18 déc. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 486.

Etant donné que la nullité de la clause pénale comminatoire trouve sa justification dans l'atteinte portée à l'ordre public, elle doit être soulevée d'office par le juge¹.

36. La réduction du montant de la clause pénale se conçoit uniquement en cas d'inexécution partielle de l'obligation (art. 1231 C. civ.)² ou lorsqu'une loi particulière confère au juge pareil pouvoir. Tel est le cas, par exemple, de l'article 90 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation³ ou de l'article 19octies, § 2, de la loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement⁴. Par ailleurs, on verra que la théorie de l'abus de droit constitue, depuis quelques années, un autre tempérament à la règle de l'irréductibilité de la clause pénale (*infra*, n^{os} 53 et s.).

B. L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE DE LA CLAUSE

37. L'appréciation du caractère indemnitaire de la clause pénale relève du juge du fond, auquel il appartient de vérifier si l'énormité du forfait n'est pas de nature à faire perdre à celui-ci son caractère indemnitaire. A cet effet, il aura égard au préjudice prévisible au moment où la clause a été introduite dans la convention, et non au préjudice effectivement subi. Le juge doit donc se placer au jour où est intervenu l'accord des parties et se demander si, à ce moment-là, le montant fixé avait un caractère indemnitaire dans leurs prévisions⁵. Il doit se garder de prendre en compte le dommage réellement subi, dont l'ampleur doit demeurer sans incidence sur l'appréciation de la validité de la clause. Le créancier n'est même pas tenu de démontrer qu'il a réellement subi un dommage⁶. Cela étant, selon la Cour de cassation, 'il n'est pas interdit au juge de prendre en considération des éléments concernant le dommage réel aux fins d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat'⁷.

Lorsque le montant de l'indemnité prévue au contrat en cas d'inexécution est hors de toute proportion avec le préjudice qu'elle était censée réparer et dépasse le dommage que les parties pouvaient prévoir lors de la conclusion du contrat, la clause pénale s'analyse en une peine privée.

Il est évident que le juge jouit d'une marge d'appréciation certaine dans la mesure où l'établissement du forfait est fondé sur un calcul par approximation. A cet égard, la référence fréquente, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, au caractère 'exorbitant' ou 'énorme' de la clause ne doit pas être interprétée comme une autorisation des clauses pénales comminatoires qui ne seraient pas exorbitantes ou énormes. En recourant à cette terminologie, les arrêts de la Cour 'prennent seulement acte de ce que le caractère comminatoire de la clause a pu être établi avec certitude (...) et ainsi constaté par le juge du fond'⁸.

1. Civ. Bruxelles, 20 mars 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 476.

2. Cass., 10 avr. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1118; *Rev. not. belge*, 1997, p. 225; *R.G.D.C.*, 1997/6, p. 516.

3. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, p. 735, n° 134, et les références jurisprudentielles citées.

4. Pour des cas d'application, Liège, 27 oct. 1992, *Act. dr.*, 1993, p. 175; Civ. Verviers, 17 févr. 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587, note E. BALATE.

5. Outre les décisions citées ci-avant, voir Civ. Tongres, 10 févr. 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 82; Liège, 27 sept. 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 55.

6. Cass., 3 févr. 1995, *Pas.*, 1995, p. 130; Cass., 15 janv. 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 574.

7. Cass., 29 févr. 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 221.

8. M. COIPEL, *o.c.*, p. 47.

*§ 2. Les solutions en vigueur depuis la loi du 23 novembre 1998***A. LA RÉDUCTION DES CLAUSES PÉNALES EXCESSIVES**

38. Comme déjà annoncé, la principale innovation de la loi du 23 novembre 1998 est la rupture par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la *nullité* des clauses pénales exorbitantes. Cette sanction draconienne n'est plus à l'honneur. L'article 1231, § 1^{er} prévoit désormais la *réduction* de la clause pénale: '*Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention*'.

On note, au passage, que le juge peut réduire le montant de la clause excessive, soit d'office, soit à la demande du débiteur. L'article 1231, § 3 prohibe les clauses contraires: les parties ne peuvent convenir de supprimer le pouvoir reconnu au juge de réduire les clauses excessives.

39. L'appréciation du caractère comminatoire de la clause se fera comme auparavant (*supra*, n° 37). L'utilisation de l'adverbe 'manifestement' renvoie à la méthode du 'contrôle marginal'. A cet égard, la disposition commentée est à rapprocher de l'article 32, 21° de la loi du 14 juillet 1991. Est conféré aux cours et tribunaux le pouvoir de constater les seuls abus manifestes, tout à fait incontestables. Le juge doit donc faire preuve d'une certaine indulgence, et tenir compte de la difficulté pour les parties d'évaluer, au moment de la conclusion du contrat, l'importance du préjudice éventuel pouvant résulter d'une inexécution. Il est clair, en effet, que le juge appréciera le caractère de la clause par référence au dommage potentiel et non au dommage effectivement subi.

La prudence s'impose donc à l'heure d'évaluer le montant d'une clause pénale: celui-ci ne sera réduit que s'il est clairement exagéré par comparaison avec le forfait qui aurait été établi par un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

40. Pour déterminer le montant dû au créancier après réduction, le juge fera logiquement appel au même critère: il ramènera les dommages et intérêts au montant qui, au moment de la conclusion du contrat, serait apparu comme strictement indemnitaire à des contractants prudents et raisonnables. L'étendue du dommage réellement subi n'entre aucunement en ligne de compte dans la révision du montant de la clause. Pour obtenir le bénéfice des dommages et intérêts revus à la baisse, le créancier ne doit même pas démontrer son dommage. Cela étant, l'article 1231, § 1^{er}, alinéa 2, dispose qu'*'en cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale'*. Ainsi, on peut supposer que, sans être excessifs, les dommages et intérêts dus au créancier seront souvent supérieurs au préjudice réel.

Le régime nouveau paraît très avantageux pour les créanciers¹. Si la clause est estimée excessive, ils ne devront habituellement pas faire la preuve du préjudice subi et se verront allouer une somme au moins égale – et souvent supérieure – à ce préjudice. S'ils forcent sciemment le montant de la clause pénale, spéculant sur l'hésitation du débiteur à contester celui-ci et à porter l'affaire en justice, en cas de mauvais calcul, ils risquent au pire la réduction de la clause à un montant qui demeure appréciable.

1. Cf. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Kluwer, n° 307 (à paraître).

B. LA RÉDUCTION DES CLAUSES D'INTÉRÊTS MORATOIRES EXCESSIVES

41. La loi du 23 novembre 1998 prévoit un régime particulier en ce qui concerne les intérêts moratoires conventionnels. Conformément au nouvel alinéa de l'article 1153, ceux-ci peuvent être réduits s'ils excèdent *manifestement* le *dommage subi* à la suite du retard de paiement.

Cette curieuse référence au *dommage subi* traduit-elle une réelle volonté de déroger au droit commun des clauses pénales ou s'agit-il d'une 'incongruité'¹, qui ne reflète nullement les intentions du législateur? Dans la première hypothèse, la solution ne s'inscrit plus du tout dans la philosophie de la clause pénale. En effet, la notion même de forfait est, pratiquement, répudiée dès lors que, pour apprécier le caractère de la clause, le juge est invité à apprécier le montant convenu eu égard au dommage effectif, et non au dommage éventuel².

Si l'on s'en tient à une interprétation littérale du texte, force est de reconnaître que les clauses d'intérêts moratoires et les clauses pénales obéissent désormais à des régimes juridiques distincts. Cette interprétation peut s'autoriser du précédent de l'article 90 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation³. A notre avis, argument pourrait être tiré également, d'une part, de l'existence même du nouvel alinéa de l'article 1153 et, d'autre part, de l'intitulé de la loi. En effet, cette disposition devient parfaitement inutile dès l'instant où l'interprétation qui en est donnée revient à analyser la clause d'intérêts moratoires en... une clause pénale et à la traiter comme telle. Elle n'aurait plus d'effet utile dans la mesure où elle ne serait qu'une reproduction servile de l'article 1231 nouveau. Quant à l'intitulé de la loi, il se comprend mal si, dans l'esprit du législateur, la clause d'intérêt moratoire n'est rien d'autre qu'une clause pénale.

L'hypothèse de l'inattention du législateur nous paraît néanmoins plus probable. S'il avait voulu instaurer un régime particulier en matière de clauses d'intérêts moratoires, sans doute s'en serait-il expliqué, au moins un peu, dans les travaux préparatoires. Or on n'y trouve guère trace de son souci d'innover sur ce point. La question semble avoir échappé aux députés et au ministre responsable. On imagine combien cet article sera source d'insécurité juridique pour les justiciables et d'embarras pour les magistrats: sans doute le législateur devrait-il s'empresser de purger cette malfaçon.

En tout état de cause, si une clause d'intérêts moratoires présente un caractère comminatoire, elle n'est plus annulée (pour contrariété à l'ordre public) et substituée par le forfait légal, comme auparavant. Le juge peut désormais la *réduire*, d'office ou à la demande du débiteur, étant entendu qu'il 'ne peut condamner le débiteur à payer un intérêt inférieur à l'intérêt légal' (qui a ici une fonction de taux plancher, le créancier pouvant obtenir un montant supérieur). Enfin, on ajoute que, selon l'article 1153, dernier alinéa, *in fine*, 'toute clause contraire aux dispositions du présent alinéa est réputée non écrite'.

C. LES AUTRES CAS DE RÉDUCTION

42. Le régime de la réduction en cas d'exécution partielle n'a pas subi de modification. L'article 1231, § 2 (nouveau) reproduit très précisément l'ancien article 1231, avec une infime variante terminologique ('réduite' à la place de 'modifiée'). La portée de cette disposition est limitée⁴: lorsque le forfait a été

1. P. WÉRY, 'Du neuf en matière de clauses pénales!', *La théorie générale des obligations*, C.U.P., vol. XXVII, 1998, p. 185.

2. A ce propos et sur l'impérieuse utilité pratique du forfait, M. COPEL, *Eléments de théorie générale...*, *o.c.*, n° 306.

3. En ce sens, P. WÉRY, 'Du neuf en matière de clauses pénales!', *o.c.*, p. 186.

4. A ce sujet, P. WÉRY, 'L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation', note sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998/4, pp. 614-657.

prévu uniquement pour remédier à une défaillance *totale* de la part du débiteur, le juge peut réduire le montant de la clause en cas d'exécution partielle de l'obligation.

L'hypothèse, très particulière, de révision des clauses pénales (indemnitaires!) sur le fondement de la théorie de l'abus de droit n'a pas été évoquée lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi du 23 novembre 1998. On suppose que la solution jurisprudentielle élaborée à cet égard est toujours de mise (*infra*, n° 53 à 57). Il en est de même des cas de réduction prévus par certaines lois particulières (*cf.* p. ex., l'art. 90 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation).

§ 3. Questions spécifiques et solutions jurisprudentielles

43. La jurisprudence relative aux clauses pénales est particulièrement abondante. On ne saurait en restituer ici toutes les nuances¹. Seules quelques questions récurrentes retiendront notre attention. On peut supposer que la récente réforme légale n'affecte pas les solutions dégagées et exposées ici.

44. Jugé que 'la clause pénale qui, en termes détournés, sous le couvert d'une réclamation forfaitaire pour 'frais administratifs', n'a pour but réel que de couvrir les futurs états d'honoraires et frais d'avocats est nulle pour violation de l'article 1023 du Code judiciaire'².

Cette décision, épinglée parmi tant d'autres analogues, concerne l'interprétation de l'article 1023 du Code judiciaire, dont il résulte que 'toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de la réclamation en justice est réputée non écrite'. Dérogatoire au droit commun, cette disposition est interprétée strictement: la jurisprudence annule les seules clauses visant à compenser le préjudice causé par une réclamation en justice car elles pourraient dissuader le débiteur de faire valoir tous ses moyens de défense, au besoin par le recours à la voie judiciaire³. Selon un arrêt de la Cour de cassation, tel serait le cas de toute convention qui ajoute au montant de la créance les honoraires de l'avocat qui a diligencé la procédure de recouvrement⁴.

45. Jugé que 'le cumul d'une clause pénale et des intérêts de retard est licite dès lors que ceux-ci tendent à la réparation de préjudices différents, les intérêts ayant pour objet d'indemniser le créancier de la perte de rentabilité du capital de la créance impayée, la clause pénale couvrant les frais qu'entraîne, pour le créancier, l'existence de créances impayées'⁵.

La solution est claire: les dommages et intérêts moratoires couvrent le manque à gagner résultant de l'indisponibilité, pendant la période de retard, de la somme d'argent due; la clause pénale, elle, vise à réparer d'autres préjudices, notamment les frais supplémentaires de gestion de dossier des débiteurs défaillants. Ainsi, la jurisprudence considère que les deux clauses visent à la réparation de dommages distincts et qu'il n'y a pas lieu, par conséquent, de les globaliser pour apprécier

1. Pour compléter nos références et commentaires, le lecteur est invité à se reporter aux différentes chroniques de jurisprudence relatives au droit des obligations, parmi lesquelles celle, déjà citée, de S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *spéc.* pp. 734-736, n°s 131-137.

2. Bruxelles, 20 nov. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1315. Voir aussi J.P. Nieuwport, 18 avr. 1995, *T. App.*, 1997, 2, p. 32; Comm. Gand, 22 févr. 1991, *T.G.R.*, 1991, p. 73.

3. P. ex., Civ. Arlon, 29 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, I, p. 598 et la note critique de J.-F. JEUNEHOMME, 'Clause pénale et indemnité de procédure'.

4. Cass., 7 avr. 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 188 et la note critique de A. VAN OEVELEN, 'De ongeldigheid van het beding tot verhoging van de schuldverordering in geval deze in rechte wordt opgeëist en de toepassing ervan op de invordering van advocatenhonoraria'.

5. Bruxelles, 6 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 565. Voir aussi, not., J.P. Namur, 7 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 321; Liège, 22 oct. 1991, *J.T.*, 1992, p. 440; Mons, 14 nov. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 769; Civ. Bruxelles, 18 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 103.

leur éventuel caractère comminatoire. On note, au passage, que la clause forfaitaire (destinée à couvrir les frais administratifs ...) n'est pas jugée contraire à l'article 1023 du Code judiciaire. Bien entendu, le juge peut estimer, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, que les deux clauses sont exorbitantes et présentent, en réalité, un caractère comminatoire¹. Tout dépend des particularités de chaque situation, telles que le montant de la créance et du forfait stipulé, le type de contrat. Ainsi, dans une espèce, la cour d'appel de Bruxelles a estimé que 'les frais administratifs qu'entraînent le non-paiement ou le paiement tardif d'une facture pour le créancier sont en grande partie des frais fixes qui n'augmentent pas proportionnellement au montant de la facture. Une clause pénale qui évalue ce poste des dommages et intérêts à un pourcentage fixe et assez élevé du montant de la facture – 15 % en l'occurrence – est dès lors contraire à l'ordre public et nul'².

46. Jugé que 'la clause selon laquelle, en cas de résolution d'un contrat de location-financement, le bailleur a droit à des dommages-intérêts égaux à l'intégralité des loyers encore à échoir diminués du prix de vente du bien, a un caractère indemnitaire et constitue par conséquent une clause pénale'³.

Cette décision est représentative d'une jurisprudence fournie sur la question des clauses pénales figurant dans les contrats de location-financement⁴. Ceux-ci prévoient souvent qu'en cas de résolution aux torts du locataire, les loyers restant dus devront être payés à titre de dommages et intérêts compensatoires. Pareille stipulation est, en principe, valable (pourvu qu'elle présente un caractère indemnitaire⁵). Cependant, elle est jugée 'illicite si aucune réduction à concurrence du montant correspondant à la valeur de réalisation du bien n'est prévue'⁶.

47. Jugé que 'la clause qui donne au maître de l'ouvrage la possibilité, contre paiement d'une certaine somme d'argent, de résilier unilatéralement le contrat d'entreprise, n'est pas une clause pénale'⁷.

Plusieurs décisions prennent soin de faire le départ entre une clause pénale et une clause de dédit. Ce dernier type de clause prévoit une somme d'argent qui constitue, non la réparation d'un dommage, mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale inscrite au contrat⁸. En principe, la clause de dédit n'est pas soumise au régime jurisprudentiel des clauses pénales excessives. Toutefois, rien n'empêche un juge de contester la licéité d'une clause de dédit s'il s'avère qu'elle occulte, en réalité, une clause pénale: 'on ne pourrait admettre que le créancier fixe une clause de dédit disproportionnée par rapport au dommage potentiel qu'elle est censée couvrir, à seule fin d'échapper à la nullité absolue qui affecte les clauses pénales exorbitantes'⁹.

48. Jugé que 'ne constitue point une clause pénale au sens des articles 1152, 1226 et 1229 du Code civil la clause qui ne vise pas à compenser le dommage pouvant

1. P. ex., Civ. Arlon, 28 mars 1986, *J.L.*, 1986, p. 327.

2. Bruxelles, 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 265, note B. WYLLEMAN.

3. Civ. Liège, 21 nov. 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 628.

4. A ce sujet, P. KILESTE, D. BUYSSCHAERT et N. PENNING, 'De l'application de la clause pénale en matière de contrats de leasing', *R.D.C.*, 1992, pp. 552-575; P. KILESTE, 'Clause pénale et contrat de leasing', note sous Comm. Charleroi, 12 oct. 1993, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 800-801.

5. Cf., p. ex., Comm. Bruxelles, 28 mai 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 637: 'la clause selon laquelle un contrat de location-financement est résolu de plein droit par le non-paiement d'une seule échéance et selon laquelle le bailleur a droit dans ce cas à des dommages-intérêts égaux à l'intégralité des loyers encore à échoir, constitue une clause pénale illicite à défaut de caractère indemnisateur'.

6. Civ. Bruxelles, 15 avr. 1994, *J.T.*, 1994, p. 698; Bruxelles, 25 nov. 1996, *J.T.*, 1997, p. 215; Civ. Bruxelles, 10 oct. 1996, *R.G.D.C.*, 1998/1, p. 70; Bruxelles, 31 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 640; Civ. Liège, 17 avr. 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 625; Anvers, 27 févr. 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 120; Civ. Bruxelles, 22 oct. 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 623; Civ. Bruxelles, 20 mars 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 476; Comm. Liège, 14 févr. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 812; Liège, 24 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1033;

7. Mons, 2 déc. 1996, *J.T.*, 1997, p. 341.

8. Cf. Cass., 8 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 389.

9. Mons, 2 déc. 1996, *précité*.

résulter de l'inexécution de l'obligation principale mais à déterminer une diminution du prix au cas où la chose livrée serait de qualité inférieure¹.

49. Jugé que 'la clause pénale incluse dans un contrat, en vue de réprimer notamment un manquement à ce contrat, conserve son effet nonobstant la faillite d'un contractant et est opposable à la masse de ses créanciers, même si c'est à l'occasion de la faillite que le failli méconnaît ses obligations contractuelles'².

Plusieurs juridictions de fond ont été confrontées à cette question et ont adopté la même solution³. Toutefois, 'la clause pénale est inopposable à la masse lorsqu'elle sanctionne la rupture du contrat consécutive à la faillite d'un entrepreneur. Une telle clause est contraire au principe d'égalité des créanciers'⁴.

SECTION 4. AUTRES LIMITES À LA VALIDITÉ DES CLAUSES PÉNALES

§ 1. Le régime des clauses restrictives de responsabilité

50. Comme on l'a déjà suggéré, dans certains cas, une clause pénale peut être regardée comme une limitation de responsabilité. Il en est ainsi dès l'instant où le forfait prévu s'avère manifestement inférieur au préjudice résultant de l'inexécution du contrat. A la limite, si le montant des dommages et intérêts fixé est dérisoire, elle peut même être assimilée à une clause d'exonératoire de responsabilité. Dans ces hypothèses, elle serait soumise au régime juridique des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité étudié précédemment.

§ 2. Le régime des clauses abusives

51. Dans le contexte des contrats conclus entre un vendeur et un consommateur, deux dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce méritent d'être prises en considération.

Aux termes de l'article 32, 21^o sont tenues pour abusives, et partant nulles, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de 'fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur'.

Cette disposition ne fait que confirmer l'état de la jurisprudence à cet égard.

La Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation prône, elle, une solution plus radicale, en déclarant abusive *l'augmentation automatique de la créance de l'entreprise à défaut d'exécution par le consommateur de ses obligations*. En d'autres termes, sans prétendre priver le créancier du droit de s'adresser au juge pour obtenir une indemnisation du préjudice causé par le retard ou le défaut d'exécution des obligations du consommateur, ni du droit à l'établissement conventionnel d'un montant forfaitaire censé couvrir le dommage en question, la Commission refuse d'admettre l'automatisme de l'augmentation de la créance ainsi calculée. A son estime, 'tant le principe que l'ampleur de

1. Cass., 3 oct. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 135; *R.W.*, 1987-1988, p. 1328; *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 145.

2. Cass., 10 avr. 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973; *R.W.*, 1986-1987, p. 818; *J.L.M.B.*, 1987, p. 37, note C. PARMENTIER; *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 1078.

3. P. ex., Mons, 9 janv. 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, note L.-M. HENRION, 'Faillite, prêt à tempérament et clause pénale'.

4. Comm. Charleroi, 16 févr. 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147, note J. CAEYMAEX.

l'augmentation qui serait effectivement mise à charge du consommateur doivent faire l'objet d'une appréciation par le juge¹.

L'article 32, 15° de la loi déclare abusives, et donc nulles de plein droit, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de 'déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge du vendeur qui n'exécute pas les siennes'. Cette disposition est originale par rapport au droit commun. Une clause pénale indemnitaire est valide seulement si le contrat prévoit que le vendeur est également redevable d'une indemnité *du même ordre* pour le cas où il n'exécuterait pas ses propres obligations. A plusieurs occasions, la jurisprudence a fait application de cette disposition².

52. On précise que les dispositions, commentées ici, de la loi du 14 juillet 1991 ne sont en rien affectées par la récente réforme légale du régime de la clause pénale. Ce point est expressément confirmé par les travaux préparatoires de la loi du 23 novembre 1998: 'Les dispositions proposées ne peuvent en aucun cas être préjudiciables au consommateur'³. Il est clair que les prescriptions des articles 32, 15° et 32, 21° sont plus favorables au consommateur que le droit commun: la règle de la réciprocité est propre à la réglementation des clauses abusives, sans équivalent en droit civil, et la nullité des clauses comminatoires est plus avantageuse que leur réduction⁴.

§ 3. Le régime de l'abus de droit

53. La Cour de cassation analyse l'abus dans l'exercice des droits contractuels en une transgression du principe d'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil⁵. L'interdiction de l'abus de droit apparaît ainsi comme une manifestation du rôle grandissant joué par ce qu'il est désormais convenu d'appeler la fonction modératrice de la bonne foi. En particulier, la jurisprudence, Cour de cassation en tête, admet l'application de la théorie de l'abus de droit à certaines clauses, et notamment aux clauses pénales⁶.

Pratiquement, il peut apparaître, en effet, au vu des circonstances concrètes de l'espèce, qu'un créancier manque à la bonne foi et abuse de son droit en réclamant à son profit l'application d'une clause pénale. En pareil cas, la sanction de l'abus consiste en une réduction du droit à son exercice normal.

54. Il faut bien apercevoir que le contrôle exercé ici par le juge ne porte pas sur la validité de la clause pénale, mais sur la manière dont le créancier exerce le droit que lui confère la clause pénale convenue. Seules des clauses indemnitaires – estimées, en principe, valides – sont concernées. En effet, en présence d'une clause

1. T. BOURGOIGNIE, *o.c.*, pp. 166 et 397.

2. J.P. Soignies, 21 nov. 1996, *J.T.*, 1997, p. 203; Liège, 16 sept. 1996, *J.T.*, 1997, p. 202; *R.R.D.*, 1996, p. 578; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1396; J.P. Herstal, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 34; *Comm. Mons.*, 26 avr. 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 1002 (en l'espèce, il y avait réciprocité), et le commentaire de E. BALATE, 'Le contrôle des clauses abusives: juge gardien du Code civil ressuscité ou juge entraîneur', *R.D.C.*, pp. 947-955.

3. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1373/4-97/98, p. 7.

4. En outre, cette nullité peut être prononcée d'office par le juge car l'art. 32, 21° est considéré d'ordre public. En effet, il consacre la jurisprudence de la Cour de cassation qui fonde l'illicéité de la clause pénale comminatoire sur l'atteinte à l'ordre public (art. 6 et 1131 C. civ.).

5. Cass., 19 sept. 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART.

6. Cass., 18 févr. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 728; Cass., 21 févr. 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1458, obs. M. STORME; Civ. Hasselt, 23 oct. 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 388, note R. PASCARIELLO; Liège, 11 janv. 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 988; Mons, 11 janv. 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41 et l'excellente note de P. WÉRY, 'Abus de droit et clause pénale'; Mons, 21 mars 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 234; Civ. Arlon, 23 avr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 827; J.P. Fexhe-Slins, 12 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, II, p. 1322, note J.-F. JEUNEHOMME, 'Abus de droit et clause pénale' (cette décision fait plus précisément application de la *rechtsverwerking*).

pénale comminatoire, le juge pouvait uniquement prononcer sa nullité (sous l'empire de l'ancienne réglementation des clauses pénales). Bien différente est l'hypothèse où le juge entend sanctionner le comportement jugé abusif du créancier qui, dans la mise en œuvre de la clause pénale, méconnaît le principe de bonne foi et le devoir de modération qui en découle. Dans ce cas, le juge peut réduire le montant des dommages et intérêts prévus, en les fixant par référence au préjudice réel.

55. Pour apprécier l'abus du droit d'invoquer une clause pénale, le juge doit tenir compte des circonstances *concrètes* dans lesquelles le créancier exerce son droit¹. A cet effet, il doit se placer *ex post*, alors que, pour apprécier le caractère comminatoire d'une clause pénale, il doit se placer *ex ante*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat². Le juge de paix de Wavre a exprimé ces conditions en des termes heureux: 'Exiger l'application d'une clause pénale peut constituer un abus de droit lorsqu'il apparaît que l'avantage qui en serait retiré serait totalement disproportionné par rapport au préjudice réellement subi, c'est-à-dire *in concreto* et *a posteriori*'. Dans ce cas, l'indemnité doit être réduite³.

56. Jugé que 'constitue un abus de droit le fait de vouloir maintenir un contrat qui a fait l'objet d'une inexécution définitive du débiteur de l'obligation à seule fin d'appliquer une clause pénale qui n'a été prévue que pour des cas de manquements ponctuels; que la mise en œuvre des droits découlant de la clause serait elle-même abusive en tant qu'elle aboutit à un montant manifestement hors de proportion avec le dommage *réel*'. En l'espèce, les exploitants d'un café avaient cédé leur fonds de commerce, en précisant que celui-ci était 'libre de toute obligation d'achat envers une brasserie ou un négociant en bière', ce qui était inexact. La brasserie, envers laquelle les cédants était tenus, assigna ceux-ci en responsabilité contractuelle (et également les acheteurs du fonds de commerce sur le fondement de la tierce complicité). Contre les cédants, la brasserie prétendait voir appliquée une clause pénale libellée comme suit 'pour chaque contravention, le client doit au négociant, de plein droit, à titre de clause pénale une indemnité de 5 % du montant du capital prêté, avec un maximum de 12.500 F par infraction'⁴.

57. Jugé que la règle de l'irréductibilité de la clause pénale 'souffre exception au cas où il est constaté que le créancier a abusé de son droit, la sanction d'un tel abus résidant dans la réduction dudit droit à son usage normal'; qu'à cet effet, 'il doit être tenu compte du temps dont [le cessionnaire] a disposé pour 'fidéliser' la clientèle attachée au fonds et à la personnalité de l'ancien gérant'. En l'espèce, le cédant d'un débit de boisson a ouvert un établissement similaire à distance rapprochée du fonds cédé, en violation du contrat qui prévoyait que 'le cédant s'interdit de faire ou de favoriser directement ou indirectement ... un commerce analogue dans un rayon de 5 km à vol d'oiseau et ce pour un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en jouissance du fonds par le cessionnaire et ce, sous peine de dommages et intérêts fixés forfaitairement et de commun accord à la somme de 500.000 F'⁵.

1. Cass., 21 févr. 1992, *précité*.

2. M. COIPEL, *o.c.*, p. 49.

3. J.P. Wavre, 7 sept. 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 345 (pas d'abus de droit en l'espèce).

4. Mons, 11 janv. 1995, *précité*.

5. Liège, 11 janv. 1996, *précité*.

Chapitre 3. Les conventions ayant pour objet de garantir le droit à la réparation: les clauses de garantie

SECTION 1. NOTION

§ 1. Définition

58. Le pacte (ou la clause) de garantie retient relativement peu l'attention de la doctrine. A notre connaissance, cette notion n'a jamais fait l'objet d'une étude particulière. Les auteurs ne l'ignorent pas pour autant, et s'y réfèrent, incidemment, dans le cadre de travaux plus larges¹.

Le pacte de garantie est une convention par laquelle une personne reporte sur une autre personne la dette de responsabilité à charge de la première. Autrement dit, il n'a pas pour effet d'atténuer, ni de supprimer, la responsabilité de droit commun. Celle-ci reste entière, mais le bénéficiaire du pacte peut, lorsque sa responsabilité est engagée, s'adresser à celui qui a accepté de se porter 'garant', afin qu'il en supporte la charge.

Pour la clarté sur le plan terminologique, il convient de faire la distinction entre le 'pacte de garantie', qui est un contrat en soi, et la 'clause de garantie', qui est une simple clause figurant dans un contrat.

§ 2. Licéité des pactes de garantie

59. La licéité des pactes de garantie n'est pas contestée et a même été explicitement admise par la Cour de cassation: 'aucune disposition légale ni aucun principe de droit n'interdit de mettre à charge d'autrui, par voie contractuelle, les suites d'une négligence'². Au moyen tiré de l'absence de cause de l'obligation de garantie et, partant, de la nullité de cette dernière, la Cour a répondu que la clause de garantie stipulée au contrat 'a pour cause les engagements contractés par [le bénéficiaire de celle-ci] au profit [du garant]'³.

Certes, il est interdit de s'exonérer de sa responsabilité dans les matières d'ordre public (art. 6, 1131 et 1133 C. civ.). Cependant, il importe de souligner que le pacte de garantie n'est pas comparable à une convention d'exonération de responsabilité: il n'a pas pour effet de décharger la partie qui en bénéficie des obligations auxquelles elle serait tenue en vertu de dispositions d'ordre public.

Ainsi, un ancien arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 1963 a censuré un jugement du tribunal civil de Gand (statuant en dernier ressort), qui n'avait pas

1. P. ex., O. CAPRASSE, 'La responsabilité civile professionnelle des administrateurs', *Act. dr.*, 1977, pp. 481 et s., spéc. 535; B. FERON et J.-F. GOFFIN, 'La protection des administrateurs de sociétés contre la mise en cause de leur responsabilité civile', *J.T.*, 1996, pp. 377 et s., spéc. p. 385; M. BOVERIE, *Les communes et l'époutage*, Union des Villes et Communes de Wallonie, Bruxelles, 1995, chap. III et les exemples en annexe; P. COLLE, 'Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders', *T.R.V.*, 1994, pp. 3, et s. Voir aussi J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *Dossiers J.T.*, n° 11, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 41, n° 32.

2. Cass., 3 déc. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 423; *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 469. Voir aussi Cass., 14 janv. 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 40; Cass., 29 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 124; Cass., 7 sept. 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 32, et la note W.G.

3. Cass., 29 sept. 1972, *précité*.

évitée la confusion évoquée. En l'espèce, le bourgmestre de la ville de Gand avait autorisé une manifestation organisée par une association d'étudiants, non sans avoir fait signer, au préalable, par son président, une déclaration par laquelle celui-ci s'engageait à garantir la ville 'contre toute action du chef de dommages aux personnes et aux biens provoqués dans le cours et à l'occasion de la manifestation'. Une vitre des bureaux d'une société anonyme ayant été brisée par les manifestants, celle-ci introduisit une action en réparation tant contre la ville de Gand que contre le président de l'association. Ce dernier fut appelé en garantie par la ville. Le juge du fond déclara illicite le pacte de garantie et, en conséquence, débouta la ville de Gand de sa demande en garantie, au motif que la ville ne pouvait se décharger, par une convention particulière, de sa responsabilité prévue au titre des dispositions d'ordre public d'un vieux décret du 10 vendémiaire an IV (toujours en vigueur au moment des faits) sur la police des communes. L'erreur fut de voir dans la convention litigieuse une clause d'exonération, alors qu'elle constituait un pacte de garantie, qui 'n'a pu faire échec à l'application [des dispositions d'ordre public concernées]'. Le pacte de garantie, dans la mesure où il ne modifie pas les obligations de son bénéficiaire vis-à-vis des tiers à la convention, est parfaitement licite et n'intéresse pas l'ordre public¹.

Toute forme de responsabilité, contractuelle ou aquilienne, peut faire l'objet d'une clause de garantie, à l'exception des sanctions pénales, qui sont toujours prononcées à titre personnel.

Comme on l'a vu ci-avant, un pacte de garantie convenu entre deux parties laisse naturellement subsister la responsabilité (de celle qui en tire avantage) à l'égard des tiers².

§ 3. Illustrations

60. On trouve des exemples de pareilles conventions dans divers domaines.

Ainsi, en matière de travaux de construction, il arrive qu'un entrepreneur accepte de garantir le maître de l'ouvrage contre tout recours, en prenant à sa charge toutes les conséquences dommageables quelconques résultant d'accidents qui pourraient survenir au cours de l'exécution des travaux.

Dans une affaire, une disposition des conditions générales du contrat d'entreprise conclu entre un entrepreneur et la S.N.C.B. stipulait que 'sauf en cas de faute intentionnelle imputable aux organes de la S.N.C.B., l'entrepreneur supporte seul, à la décharge complète de cette société qu'il garantit de tout recours éventuel, toutes les conséquences dommageables quelconques résultant d'accidents ou de toute autre cause, qui pourraient survenir ensuite de l'entreprise à l'entrepreneur lui-même, à ses préposés, à des tiers ou à la S.N.C.B.' En l'espèce, un accident était survenu à un préposé de la S.N.C.B. au cours de l'exécution des travaux confiés à l'entrepreneur. La victime de l'accident avait indiscutablement commis une faute en restant sur le wagon pendant son chargement effectué au moyen d'une grue. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt attaqué qui avait décidé, sur le seul fondement de la disposition précitée, que l'entrepreneur était tenu de réparer le dommage subi par la S.N.C.B. suite à l'accident, malgré la faute commise par la victime et en l'absence de toute faute de l'entrepreneur³.

Dans une autre espèce, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait condamné la société anonyme I.B.R. Mecatherm à garantir l'Etat belge de toutes les condamnations qui seraient prononcées contre lui, à la suite de l'accident, au motif que ladite société était

1. Cass., 7 sept. 1962, *précité*.

2. Cass., 14 janv. 1994, *précité*.

3. Cass., 29 sept. 1972, *précité*.

contractuellement tenue vis-à-vis de l'Etat belge de l'entretien et du bon fonctionnement du poste de commande des feux de signalisation litigieux et qu'elle avait commis la faute contractuelle d'avoir négligé de réparer convenablement le poste de commande ou de le remplacer à temps. Ayant constaté que la garantie dont la société I.B.R. Mecatherm est tenue à l'égard de l'Etat est née d'une convention conclue entre les parties, la Cour suprême considère que pareille obligation de garantie peut également porter sur une négligence qui, comme en l'espèce, consiste à ne pas avoir remédié à une faute contractuelle de la partie garante¹.

Un arrêt plus ancien de la Cour de cassation a estimé que donne une interprétation qui n'est pas inconciliable avec les termes de la clause d'un cahier des charges prévoyant que 'l'entrepreneur prend à sa charge toute la responsabilité et tous les risques de l'entreprise et est personnellement responsable de tout dommage éventuel, direct ou indirect, prévisible ou non, causé par lui, par ses préposés ou de toute autre manière au maître de l'ouvrage ou à des tiers', le juge qui en déduit que, même en l'absence de toute faute qui lui est imputable, l'entrepreneur est tenu de garantir le maître de l'ouvrage contre toute action en responsabilité dirigée contre lui, y compris celle intentée, sur le fondement de l'article 544 du Code civil, par un propriétaire d'un fonds voisin en raison de troubles excessifs de voisinage².

61. Il est fréquent, par ailleurs, que des administrateurs de sociétés obtiennent qu'un tiers les garantisse contre toute condamnation pécuniaire résultant de la mise en cause de leur responsabilité par suite de négligences commises dans l'exercice de leur mandat. Dans la pratique, au sein des groupes, la société mère prend souvent sur elle les condamnations civiles qui seraient mises à charge de ses employés désignés pour siéger comme administrateurs dans ses filiales³.

SECTION 2. LE RÉGIME JURIDIQUE DES PACTES DE GARANTIE

§ 1. Position du problème

62. Le pacte de garantie s'apparente, de quelque manière, à un contrat d'assurance. S'il s'analyse effectivement comme tel, il faut lui appliquer le régime juridique des assurances. S'il n'est pas un contrat d'assurance, on peut estimer qu'il est soumis uniquement au droit commun des obligations.

En réalité, la question se rattache à la controverse portant précisément sur les éléments essentiels et la définition *juridique* du contrat d'assurance.

Pour certains auteurs, il n'est de contrat d'assurance que conclu par un assureur professionnel, c'est-à-dire une entreprise organisée pratiquant la compensation des risques selon les lois de la statistique⁴.

1. Cass., 3 déc. 1982, *précité*.

2. Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1049. Rapp. Cass., 28 janv. 1965, *J.T.*, 1965, p. 259; Bruxelles, 8 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 401.

3. A ce sujet, voir les études précitées.

4. Parmi d'autres, P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1944, n° 11; W. VAN EECKOUT, *Le droit des assurances terrestres. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1928, n° 30. Comp. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2406.

Une autre partie de la doctrine considère, en revanche, que la notion d'assureur est sans incidence sur la nature *juridique* du contrat d'assurance¹. Autrement dit, le recours à la technique actuarielle, nécessaire sur un plan économique, ne fait toutefois pas partie des *essentialia* du contrat. Il s'ensuit qu'une convention isolée – non intégrée à un portefeuille de contrats permettant une compensation des risques – peut être regardée comme un contrat d'assurance. On peut se demander s'il en est ainsi du 'pacte de garantie', étant entendu qu'il ne saurait être question d'appliquer les règles de l'assurance à une 'clause de garantie' faisant partie d'un contrat dont elle ne pourrait être isolée².

§ 2. Discussion et analyse proposée

63. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1992 a décidé que 'la notion d'assureur implique la prise en charge et la compensation d'un ensemble de risques ... ce terme ne peut dès lors viser qu'une personne qui fait profession de conclure des contrats d'assurance'³.

Les commentateurs sont divisés sur la portée de cet arrêt. Rendu peu avant l'adoption de la nouvelle loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, l'arrêt interprète la notion d'assureur au sens de l'ancienne loi du 11 juin 1874.

Cette dernière n'incluait pas l'élément technique dans la définition du contrat. En effet, l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi était libellé comme suit : 'L'assurance est un contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une prime, à indemniser l'assuré des pertes ou dommages qu'éprouverait celui-ci par suite de certains événements fortuits ou de force majeure'. Apparemment, la thèse du contrat isolé avait le législateur de 1874 de son côté. La loi nouvelle du 25 juin 1992 a-t-elle tranché la controverse? Nous ne le pensons pas : son article 1^{er} définit le contrat d'assurance comme 'un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser'. Force est de constater que le législateur, pourtant conscient de l'enjeu, n'a pas jugé bon d'adopter la définition de l'assureur figurant dans l'avant-projet – et améliorée par le Conseil d'Etat – qui consacrait l'idée du caractère nécessairement professionnel de l'assureur. On ne peut donc affirmer péremptoirement que, dans l'esprit du législateur de 1992, le contrat d'assurance doit être conclu par une entreprise effectuant habituellement des opérations d'assurance, et ne peut consister en une opération isolée⁴.

Au demeurant, le professeur FONTAINE a réfuté, de manière assez convaincante, chacun des arguments invoqués par la doctrine favorable à l'inclusion de l'élément technique parmi les éléments essentiels du contrat d'assurance. Il n'est naturellement pas possible de reprendre ici les termes du débat. Il suffit de se reporter aux écrits, déjà cités, de M. FONTAINE.

64. Faut-il en conclure pour autant que le pacte de garantie est soumis au régime des assurances? La réponse semble *de facto* négative. Quelle que soit la pertinence théorique de la thèse de l'opération isolée d'assurance, il faut reconnaître qu'elle ne paraît pas suivie en pratique.

1. M. FONTAINE, 'Présentation générale. Dispositions préliminaires et finales', in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Academia et Bruylant, Louvain-la-Neuve et Bruxelles, 1993, p. 25. Pour une présentation fouillée de la question, voir la thèse du même auteur, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, C.I.D.C., 1966, pp. 98-129 et les réf.

2. En ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2407.

3. Cass., 18 juin 1992, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12187 et la note de M. FONTAINE, 'La notion d'assureur et la définition du contrat d'assurance'; *R.D.C.*, 1993, p. 155 et les obs. de J.-L. FAGNART.

4. Comp. M. FONTAINE et J.-L. FAGNART dans leur commentaire cité à la note précédente.

Bien qu'il concerne un texte abrogé, l'arrêt du 18 juin 1992 n'en fournit pas moins une précieuse indication de la position de la Cour de cassation sur la notion d'assurance et la définition juridique du contrat d'assurance. La thèse du contrat isolé ne paraît pas avoir la faveur de la Cour. Il apparaît, du reste, que la jurisprudence – de la Cour suprême, mais aussi des juridictions de fond – n'applique pas les règles régissant les assurances aux pactes de garantie¹. Ceux-ci sont soumis au seul droit commun des obligations, conformément à l'opinion de la doctrine dominante².

1. Cf. les décisions exposées plus haut.

2. J.-L. FAGNART, obs. précitées sous Cass., 18 juin 1992, et les nombreuses références citées en note 9.